Voraussetzungen und Wirkungen des Annahmeverzuges.

Nach gemeinem Rechte und dem bürgerlichen Gesetzbuche.

Inauguraldissertation

zur Erlangung

der juristischen Doctorwürde

vorgelegt

der Juristenfacultät zu Rostock

von

Josef Wachsner

Referendar bei dem Königlichen Landgericht

zu Gleiwitz.

Neumann's Stadtbuchdruckerei Gleiwitz.

Voraussetzungen und Wirkungen des Annahmeverzuges.

Nach gemeinem Rechte und dem bürgerlichen Gesetzbuche.

Inauguraldissertation

zur Erlangung

der juristischen Doctorwürde

vorgelegt

der Juristenfacultät zu Rostock

von

Josef Wachsner

Referendar bei dem Königlichen Landgerichte

zu Gleiwitz.

AGAD
BIBLIOTEKA
BERLIN

Neumann's Stadtbuchdruckerei, Gleiwitz.

Seinen teuren Eltern

in Liebe und Verehrung.

Der Verfasser.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552717_0056

Disposition.

Einleitung.

§ 1. Begriff des Verzuges im allgemeinen.

§ 2. Der Thatbestand des Gläubigerverzuges.

Abhandlung.

Voraussetzungen und Wirkungen des Annahmeverzuges. Nach gemeinem Rechte und dem bürgerlichen Gesetzbuche.

Abschnitt I.

Voraussetzungen und Begriff des Annahmeverzuges.

I. Voraussetzungen.

1. Angebot der Leistung:

§ 3. a. Oblation im allgemeinen.

§ 4. b. Fortfall der Oblation.

§ 5. c. Gegenstand, Zeit und Ort der Oblation.

§ 6. d. Personen bei der Oblation.

§ 7. 2. Nichtannahme der Leistung.

§ 8. II. Resultat: Begriff u. Verhältnis zum Schuldnerverzuge.

Abschnitt II.

Wirkungen des Annahmeverzuges.

§ 9. Allgemeines.

1. Mittel des Schuldners zur Liberierung:

§ 10. a. Klage auf Abnahme.

§ 11. b. Preisgebung des Leistungsgegenstandes.

§ 12. c. Deposition.
§ 13. d. Selbsthülfeverkauf.
§ 14. e. Anwendbarkeit vorstehender Rechte.

2. Einfluss auf das obligatorische Verhältnis:

§ 15. a. auf die Oblation selbst.
§ 16. b. auf accessorische Verbindlichkeiten.
§ 17. c. auf Gegenansprüche des Schuldners.

§ 18. 3. Ersatz der Aufwendungen.

Schluss.

§ 19. Vergleich des gemeinen Rechtes mit dem bürgerlichen Gesetzbuche.

Litteratur-Verzeichnis.

1. Dernburg, Pandecten, IV. Auflage, Berlin 1894.
2. Dernburg, Lehrbuch des Preussischen Privatrechts, IV. Auflage, Halle 1884.
3. Windscheid, Lehrbuch des Pandectenrechts, V. Auflage, Frankfurt a/M. 1882.
4. Brinz, Pandecten, Bd. II, 1, II. Auflage, Erlangen 1879.
5. Sintenis, Praktisches Civilrecht, Bd. II, Leipzig 1868.
6. Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. IV, Berlin 1841.
7. Glück, Erläuterungen der Pandecten, Bd. IV. XIII, begonnen 1790.
8. Donellus, Commentarii de iure civili.
9. Mommsen, Beiträge zum Obligationen-Recht, Bd. III, Braunschweig 1855.
10. Römer, Abhandlungen aus dem Römischen Recht, Stuttgart 1877.
11. Madai, Die Lehre von der mora. 1837.
12. Wolff, Zur Lehre von der mora. 1841.
13. Kohler, Annahme und Annahmeverzug in Jherings Jahrbüchern für Dogmatik, Bd. XVII, Jena 1879.
14. Hirsch, Zur Revision der Lehre vom Gläubigerverzuge. Leipzig 1895.
15. von Schey, Begriff und Wesen der mora creditoris, Wien 1884.
16. Schmidt-Scharff, Wirkungen der mora accipiendi des Käufers, Gött. Inaug.-Diss. Frankfurt a/M. 1891.
17. Koch, Die mora creditoris, Gött. Inaug.-Diss., Berlin 1895.
18. Ulrich, Deposition und Dereliction behufs Befreiung des Schuldners, Zürich. Inaug.-Diss., Zürich 1877.
19. Czyhlarz, Gerichtliche Deposition der Schuld, in Grünhuts Zeitschrift für Privat-Recht, Bd. VI, Wien 1879.
20. Barkhausen, in Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. 30.
21. Kohler, im Archiv für civil. Praxis, Bd. 69.
22. Plank, Erläuterungen zum Bürgerlichen Gesetzbuche, Lieferung 3. und 4, Berlin 1898.
23. Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, IV. Auflage, Berlin 1898.
24. Kohler, Der Gläubigerverzug, im Archiv für bürgerliches Recht, Bd. XIII, Heft 2, Berlin 1897.

25. Corpus iuris civilis, Edit. Krüger, Lipsiae 1875.

26. Corpus iuris civilis, Ed. III. Edit. Schoell, 1895.

27. Bürgerliches Gesetzbuch, Handausgabe mit Anmerkungen von Fischer & Henle, II. Auflage, München 1898.

28. Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin und Leipzig 1888.

29. Deutsches Handelsgesetzbuch von Friedberg, III. Auflage, Leipzig 1894.

30. Seuffert, Archiv der Entscheidungen oberster Gerichte.

31. Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen.

32. Entscheidungen des Reichs-Ober-Handelsgerichts.

33. Deutsches Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897.

34. Deutsche Civilprozess-Ordnung vom 20. Mai 1898.

Einleitung.

§ 1.

Begriff des Verzuges im Allgemeinen.

Aus der Zahl der mit dem Begriffe »Verzug« verbundenen Bedeutungen hebt sich eine besonders hervor, die man die technische zu nennen pflegt, weil sie die Bezeichnung eines bestimmten Institutes des Obligationsrechts in sich schliesst. Bedeutet die Obligation die Unterwerfung eines fremden Willens unter die Herrschaft eines anderen, so ist sie ihrer Natur nach vergänglich, dem Untergange geweiht, sobald ihr Inhalt in allen Beziehungen realisiert ist. Diese Realisierung nennt man die Erfüllung der Obligation; die Erfüllung tilgt, vernichtet das obligatorische Band, mit dem es den fremden Willen umschlungen hielt. Tritt nun die Erfüllung nicht zu der bestimmten Zeit und in der eine Tilgung der Obligation bewirkenden Weise ein, dann liegt eine Verzögerung des Schuldverhältnisses vor. Das obligatorische Band ist zwar nicht zerstört, sondern äussert noch fernerhin seine Wirkung, aber das Schuldverhältnis hat eine Abweichung von der Bahn erlitten, die ihm ursprünglich zugewiesen war, es ist verzögert.

Hier bezeichnet der Begriff »Verzug« ein Doppeltes: einmal die eben geschilderte Veränderung, die das obligatorische Verhältnis erleidet, das drückt die Paroemie aus: mora obligatio perpetuatur, zweitens die Wirkungen, die diese Veränderung auf das Verhältniss der Kontrahenten auszuüben imstande ist.

Eine solche Verzögerung der Obligation kann sowohl auf Seiten des Gläubigers, wie des Schuldners eintreten, und dem entsprechend unterscheidet man mora creditoris oder Gläubigerverzug und mora debitoris oder Schuldnerver-

zug. Der Schuldner verzögert die Erfüllung, wenn er zur bestimmten Zeit nicht leistet, der Gläubiger, wenn er nicht annimmt.

Während aber die mora debitoris immer eintreten kann, indem der Schuldner nicht zur rechten Zeit seine Leistung bewirkt, kann ein Gläubigerverzug nur stattfinden, wenn zur Lösung des Obligationsnexus der Gläubiger überhaupt nothwendig ist, wenn ohne ihn die Lösung nicht stattfinden kann.

Es scheiden also für unsere Betrachtung diejenigen Obligationen aus, die ihre Erfüllung ausschliesslich durch die Thätigkeit des Schuldners erreichen.[1]) Hierher gehören die sog. negativen Leistungen, obligationes in non faciendo, ferner die zu einer Geschäftsführung Verpflichtenden, wie das Mandat, die Vormundschaft, die negotiorum gestio. Es reihen sich weiter an diejenigen Schuldverhältnisse, deren Erfüllung nach der Parteiabrede so sehr an eine bestimmte Zeit gebunden ist, dass ihre nicht prompte Erfüllung einer Nichterfüllung gleichsteht, deren rechtzeitige Erfüllung also so wesentlich ist, dass deren Ausbleiben die Obligation zerstört und die andere Partei zum Rücktritt berechtigt.

Das ist die Gruppe der Fixgeschäfte.

§ 2.

Der Thatbestand des Gläubigerverzuges.

Annahme im Sinne des Erfüllungsrechts bedeutet diejenige Mitwirkung des Gläubigers, die sich anschliessend an die vom Schuldner gemäss dem Inhalt der Obligation vorgenommene Thätigkeit zur Erfüllung der Obligation führt.[1]) Bei der grossen Mannigfaltigkeit obligatorischer Rechtsverhältnisse ist auch die Art und der Inhalt dieser Mitwirkung des Gläubigers recht verschieden. Der einfachste und gerade typische Fall ist der der Annahme im Sinne einer Acquisition der den Gegenstand des Geschäfts bildenden Sache, der zur Bewirkung der Tradition entsprechende Akt auf Seiten des Gläubigers.[2]) In diesem Sinne ist Annahme gleich Empfangnahme.

Allein der Mitwirkungsakt kann sich komplizierter gestalten, wie bei der Alternativobligation, wo dem Gläubiger noch ein Wahlrecht unter den Objekten zusteht, oder beim Spezifikations-

[1]) Mommsen, Beiträge zum Obligationsrecht, Bd. III. S. 137.

[1]) Kohler, in Jherings Jahrb. für Dogmatik, B. XVII. S. 271 ff.

[2]) Hirsch, zur Revision der Lehre vom Gläubigerverzuge, S. 4.

kauf, wo Formen und Dimensionen der zu liefernden Waare nach festgesetzten Regeln zu bestimmen, dem Gläubiger überlassen bleibt. Der Begriff »Annahme« umfasst also das ganze mannigfaltige Gebiet der Mitwirkung des Gläubigers an der Erfüllung der Obligation.

Bleibt aber diese Mitwirkung aus, so kann die Leistung nicht perfiziert werden, sie bleibt im Stadium des Versuches stecken, es liegt Annahmeverzug vor.

Verzug ist es also, wenn der Gläubiger den Schneider zur Anfertigung eines Anzuges bestellt, ihm aber das Massnehmen verweigert, wenn der Besteller eines Hauses dem Unternehmer gegen die Verabredung das Baumaterial nicht liefert, wenn der Student das von ihm gemiethete möblierte Zimmer nicht beziehen mag.[3]) Indessen, es lassen sich alle Fälle nicht aufzählen, sagt doch schon der Jurist: an mora facta intellegatur, neque constitutione ulla, neque iuris auctorum quaestione decidi posse, cum id magis facti quam iuris est.[4])

Immer aber, wenn die dem Gläubiger obliegende Thätigkeit ausbleibt, ist der Thatbestand des Verzuges gegeben. Im folgenden wollen wir die Voraussetzungen, unter welchen eine mora mit ihren Wirkungen eintreten kann und dann im zweiten Theil diese Wirkungen selbst einer näheren Untersuchung unterziehen.

[3]) Kohler, in Arch. für bürgl. Recht, S. 149 ff.

[4]) l. 32. pr. D. de usur. 22,1.

Abhandlung.

Abschnitt I.

Voraussetzungen und Begriff des Annahmeverzuges.

I. Voraussetzungen.

1. Angebot der Leistung:

§ 3.

a. Oblation im Allgemeinen.

Soll die Mitwirkung des Gläubigers eine Erfüllung herbeiführen, so muss der Schuldner seinerseits in seiner Thätigkeit so weit vorgeschritten sein, dass die Annahme des Gläubigers eine Tilgung des Schuldverhältnisses bewirkt. Die Obligation muss derart gediehen sein, dass nur die Thätigkeit des Gläubigers zu ihrer Erfüllung fehlt, dass mit deren Hinzutreten dieselbe ihren Abschluss findet. Mit anderen Worten: der Schuldner muss erfüllungsbereit sein, die ihm obliegende Leistung bewirken können: paratum esse solvere, sagen die Quellen.[1])

Allein diese volle Erfüllungsbereitschaft des Schuldners genügt nicht, um Annahmeverzug zu begründen; es ist vielmehr noch nothwendig, dass dieselbe dem Gläubiger bekannt gegeben ist, und zwar in der Form des Angebots der Leistung. Die meisten der Schriftsteller, die diese Frage zum Gegenstande der Erörterung gemacht haben, erkennen das Requisit des Angebots der Leistung zur Begründung der mora creditoris an, sodass diese Meinung als die herrschende bezeichnet werden kann.[2]) Indessen ist keineswegs Klarheit darüber vorhanden, was eigentlich unter »Angebot der Leistung« zu verstehen sei, und infolgedessen gehen die Ansichten, wie dieselbe beschaffen sein muss, weit auseinander.

[1]) l. 3 § 4 D. de act. em. et. vend. 19,1; l. 39 D. de sol. 46,3.

[2]) cfr. Dernburg, Pandecten II, § 43; Windscheid, Pandecten II, § 345.

Wir wollen darum zunächst festhalten, dass wir unter »Angebot« eine über die durch die Obligation auferlegte Verpflichtung hinausgehende Thätigkeit des Schuldners verstehen, also ein bestimmtes Angebot im Sinne der mora-Lehre annehmen, und definieren die Oblation mit Sintenis[3]) dahin: Angebot ist die Erklärung des Schuldners, leisten zu wollen, und die Aufforderung in Empfang zu nehmen. Kohler und Schey[4]) leugnen das Erfordernis der Oblation, indem sie anführen, dass das, was gewöhnlich als Angebot der Leistung bezeichnet wird, sich nicht als ein plus gegenüber der Leistungspflicht des Schuldners darstelle, sondern nur Ausfluss der konkreten Schuldverbindlichkeit sei und deshalb im Ramen der Verzugslehre keinen Platz finde. In den wenigen Fällen, in denen dieses nicht zuträfe, gehe man mit der Forderung der Oblation zu weit. Denn der Schuldner hat nur die Pflicht zur Leistung, führt Kohler aus, der Gläubiger ein Recht auf Erfüllung. Den Schuldner aber veranlassen, dem Gläubiger die Leistung noch anzubieten, ihn also gewissermassen zu ermahnen sein Recht zu benutzen, heisse die Höflichkeit zu weit treiben.

Dem gegenüber ist zu betonen, dass wesentlich praktische Erwägungen dazu geführt haben, dem Schuldner auch noch das Angebot der Leistung aufzuerlegen, und dass es bei den einschneidenden Wirkungen der mora von eminenter Wichtigkeit ist, den Zeitpunkt zu bestimmen, in welchem diese eintreten dürfen, und gerade dieser Moment soll durch die Oblation markiert werden.[5])

Aus diesen Gründen haben auch die Römer eine Oblation für nötig erachtet und dieses Erfordernis in den Quellen ausgesprochen. Für die gegnerische Meinung werden besonders die l. 3 § 4 D. de act. emt. 19,1 und l. 39 D. de sol. 46,3 ins Feld geführt, und es ist auch hinsichtlich der zuerst genannten Stelle zuzugeben, dass in derselben von Oblation nicht die Rede ist. Zum mindesten zweifelhaft aber ist die Auslegung des »parato me solvere« in der l. 39 cit., da an anderen Stellen der Ausdruck: »paratum esse aliquid solvere« unzweideutig die Bedeutung der Bereiterklärung etwas zu thun in sich schliesst, und dies auch

[3]) Sintenis, Practisches Civilrecht, II. S. 215.

[4]) Kohler, in Jh. Jahrb. S. 400 ff.; Schey, Begriff und Wesen der mora creditioris, S. 108.

[5]) Hirsch, a. a. O. S. 209.

bei der l. cit. angenommen werden kann.[6]) Es ist auch zuzugeben, dass in einer Reihe von anderen Stellen die Oblation als Androhung der nachfolgenden Deposition erwähnt ist;[7]) dagegen dürfte l. 7 D. de usur. 22,1 darauf hinweisen, dass die Römer das Requisit der Oblation gekannt haben.[8]) Während in der l. 1 § 3 D. de usur. 22,1 offerre und deponere in unmittelbare Verbindung gesetzt werden, geht in der l. 7 cit. das offere dem accipere nolle voran, sodass in zeitlicher Aufeinanderfolge offere, accipere nolle, deponere sich vollziehen, das Angebot also als der zur Begründung der mora erforderliche Akt erscheint. Wenn Kohler[9]) der Stelle entgegenhält, sie handle von einer Bringschuld, das offerre gehöre infolgedessen zum Inhalte der Obligation, so lässt sich das aus dem Wortlaute nicht rechtfertigen. Papinian will in dieser Stelle nur sagen, dass bei einer verzinslichen Geldschuld vom Tage der Deposition der Zinsenlauf aufhört, die Art der Schuld bleibt hierbei ganz ausser Betracht.

Indessen es finden sich in den Quellen ohne Bezug auf nachfolgende Deposition Stellen genug, aus denen das Erfordernis des Angebots der Leistung zur Begründung der mora klar hervorgeht.[10])

Die Gegner suchen durch Ergänzungen sich mit diesen Stellen abzufinden; aber es ist willkürlich, wenn Schey[11]) z. B. zur C. 11 § 4 C. de usur 4,32 das Requisit der Deposition ergänzen will, und wenn Kohler[12]) die allgemeinen Ausdrücke der Quellen auf Bring- oder Genusschulden zurückzuführen sucht.

Einen eklatanten Beweis für unsere Lehre liefert die l. 72. pr. D. de sol. 46,3: Et sane si servus erat in dote eumque obtulit maritus et is servus decessit, aut nummos obtulit, eosque non accipiente muliere perdiderit, ipso iure desinet teneri.[13]) In

[6]) Mommsen, a. a. O. S. 141, Anm. 2; l. 24 D. de recept 4,8; l 18 § 5 D. fam. herc. 10,2; l. 7 D. de in diem addict. 18,2.

[7]) Hirsch, S. 203; l. 1 § 3 D. de usuris 22,1; l 56 § 1 D. maud. 17,1; C. 2 § 2 C. de iure emphy. 4,66; C. 10 § 2 C. de pign. act. 4,24; C. 2,19 C. de usur. 4,32.

[8]) a. M. Hirsch, S. 202.

[9]) Kohler, a. a. O. S. 406.

[10]) l. 30, 72 pr. — § 3, 102 pr. D. de sol 46,3; l. 9 § 5 D. de pign. act. 13,7; l. 4 § 1 D. de eo quod certo loco 13,4; C. 11 § 4 c. de usur. 4,32.

[11]) Schey, a. a. O. S. 109, Anm. 1.

[12]) Kohler, a. a. O. S. 406 ff.

[13]) Vergl. Hirsch, a. a. O. S. 205.

dieser Stelle ist von einer Genus- und Speziesschuld die Rede, und es wird betont, dass mit dem Eintritt der mora die Gefahr auf den Gläubiger übergeht und er Zufälle, die die Sache treffen, zu vertreten hat. Da dies bei der Genusschuld erst mit der Ausscheidung der zu leistenden Sache eintritt, so mag zugegeben werden, dass das Angebot der Geldstücke sich als der geeignete Akt der Ausscheidung und damit der Uebertragung des periculum darstellt, hinsichtlich des Sklaven, also der Speziesschuld, erübrigt sich aber diese Thätigkeit, und doch verlangt der Jurist das offerre, das dann nur als zur Begründung des Verzuges erforderlich aufgefasst werden kann.

Viel umstritten ist die Nov. 91. C. 2. Hier heisst es von einer Frau, die dem Manne eine dos bestellen will: eamque solvere parata sit vel, quod etiam maius est, faciat vel offerat, et — deponat. Während Kohler[14]) wieder die Oblation zur Deposition zieht, betont Schey[15]) die Worte »quod etiam maius est, faciat et deponat« und findet hierin angedeutet, dass das offere als ein plus gegenüber der mora creditoris gedacht sei.

Zu dieser Auffassung stimmt schlecht, dass in den citierten Worten das faciat hervorgehoben wird und nicht das offerat. In Wirklichkeit soll die Stufenfolge der einzelnen Handlungen angedeutet werden: parata sit vel faciat et offerat et deponat, was aus der Verbindung mit et hervorgeht. Hierbei sind parata sit und faciat in Gegensatz gestellt und durch vel (sogar) quod maius est das »faciat« als das Stärkere hervorgehoben.

Ist demnach durch das Quellenmaterial erwiesen, dass Oblation ein Erfordernis zur Begründung des Annahmeverzuges bildet, so erhebt sich nunmehr die zweite Frage, wie dieselbe zu geschehen hat, unter welchen Modalitäten sie sich vollzieht.

Seit Alters her hat man zwischen Real- und Verbaloblation unterschieden, indem man unter ersterer das Angebot mit thatsächlicher Leistungsbereitschaft, unter letzterer nur die Bereiterklärung zur Erfüllung, mit der also die Möglichkeit, sofort zu leisten, nicht verbunden war, verstand, und auch heute noch kann man diese Ansicht als die herrschende bezeichnen.[16])

---

[14]) Kohler, a. a. O. S. 405.

[15]) Schey, a. a. O. S. 108.

[16]) Dernburg, Pandecten II, § 43, S. 119; Windscheid, Pandecten II § 345, S. 311.

Ueber die Nothwendigkeit der einen oder der anderen Form gehen die Meinungen auseinander. Früher versuchte man sogar hierfür feste Regeln aufzustellen[17]), indessen diese Ansicht ist heute verlassen, und man ist mit Rücksicht auf die Mannigfaltigkeit obligatorischer Verhältnisse zu dem Resultate gelangt, dass sich hier bestimmte Normen nicht aufstellen lassen, und dass die Frage nach der Form der Oblation nicht quaestio iuris, sondern facti ist, hält jedoch im Prinzip daran fest, dass im Falle einer Bringschuld Realangebot, im Falle einer Holschuld Verbalangebot erforderlich und genügend sei.

Um diese Unterscheidung in der rechten Weise würdigen zu können, rufen wir uns ins Gedächtnis zurück, dass nach den Quellen die Römer die Oblation als eine dem Schuldner durch das Gesetz besonders auferlegte Verpflichtung zur Begründung des Verzuges aufgefasst haben, und dass diese rite nur dann erfüllt werden kann, wenn der Schuldner die ihm durch die konkrete Obligation auferlegte Verbindlichkeit voll und ganz erfüllt hat, wenn er in voller Leistungsbereitschaft sich befindet und nun die Thätigkeit des Gläubigers zur Solution beginnen soll.

Unterstellen wir den Fall der Sachleistung, wobei der Schuldner den Gegenstand dem Gläubiger zu überbringen hat, so hat ersterer seine Obliegenheiten erfüllt in dem Augenblicke, wo er sich in die Wohnung des Gläubigers begiebt und ihm den Gegenstand präsentiert. Umgekehrt handelt es sich um eine Holschuld, so ist Leistungsbereitschaft vorhanden, wenn der Schuldner die Sache in seiner Wohnung parat zur Uebergabe an den Gläubiger hält. Fragen wir nun, wie in dem ersten Fall eine Oblation im Sinne der Verzugslehre erfolgen soll, so ist die Antwort, dass eine solche nicht möglich ist. Das hier erfolgende Angebot ist ein Ausfluss der konkreten Obligation, erscheint als das letzte Stück der dem Schuldner obliegenden zu seiner Leistungspflicht gehörigen Thätigkeit, denn erst mit diesem Augenblick hat er die Obligation zu dem Punkte gefördert, wo die Thätigkeit des Gläubigers einzugreifen hat.[18]) Wenn hier die herrschende Meinung von Realoblation, als von Angebot mit thatsächlicher Leistungsbereitschaft spricht, so verwechselt sie Ursache und Wirkung.[19]) Nicht das

[17]) Vergl. bes. Glück, Bd. IV, S. 403 ff.

[18]) Schey, a. a. O. S. 110.

[19]) Endemann, Lehrb. d. bürgerl. Rechts, S. 623.

Angebot erscheint hier begleitet von thatsächlicher Leistungsbereitschaft, sondern umgekehrt die thatsächliche Leistungsbereitschaft schliesst die Oblation als den letzten die Erfüllungsbereitschaft beweisenden Akt in sich.

Im zweiten Falle dagegen kann ein Angebot erfolgen; es manifestiert sich dann als eine jenseits der aus der Obligation zu schöpfenden Verpflichtung liegende Thätigkeit des Schuldners des Inhalts, die Leistungsbereitschaft anzukündigen und den Gläubiger zur Annahme aufzufordern.

Wir kommen zum Resultat, dass die Unterscheidung von Real- und Verbaloblation sich nicht halten lässt, denn in den Fällen der sogenannten Realoblation findet thatsächlich ein Angebot im Sinne der mora-Lehre garnicht statt, sondern dieses trifft nur zu in den Fällen, in denen eine Verbaloblation genügen soll. Es giebt demnach nur ein Angebot, dass füglich nur in der Erklärung der Leistungsbereitschaft und der Aufforderung zur Empfangnahme bestehen kann.[20])

Im B. G. B. finden wir das Erfordernis der Oblation wieder und auch die Scheidung in Real- und Verbalangebot.[21]) Natürlich setzt auch das B. G. B. volle Leistungsbereitschaft voraus, denn es verlangt ein Angebot der Leistung »so, wie sie zu bewirken ist«,[22]) andererseits lehnt es den Eintritt des Verzuges ab, wenn der Schuldner zur Zeit des Angebots ausser Stande ist die Leistung zu bewirken.[23]) Im Princip verlangt das B. G. B. Realoblation. Allein dieses wird sofort durchbrochen durch die Vorschrift:[24]) »Ein wörtliches Angebot genügt . . . . . , wenn zur Bewirkung der Leistung eine Handlung des Gläubigers erforderlich ist, insbesondere wenn der Gläubiger die geschuldete Sache abzuholen hat. Dem Angebote der Leistung steht die Aufforderung an den Gläubiger gleich, die erforderliche Handlung vorzunehmen.«

Vergleicht man die beiden Bestimmungen genauer mit einander, so ergiebt sich, dass in allen den Fällen, in welchen der Gläubiger eine weitere Thätigkeit zu entfalten hat, als die Annahme schlechthin, um die Obligation zu perfizieren, ein wörtliches Angebot genügt.[25]) Ein thatsächliches Angebot wird also nur bei Bringschulden gefordert.

[20]) Hirsch, a. a. O. S. 246.
[21]) B. G. B. §§ 294, 295. [22]) § 294. [23]) § 297.
[24]) B. G. B. 295.
[25]) Hirsch, a. a. O. S. 244 ff.

Wir sehen also hier die herrschende Lehre des gemeinen Rechts kodifiziert, müssen aber, wie oben, an dieser Stelle es gleichfalls aussprechen, dass dieses dem Wortlaute nach besonders starke Angebot gar kein Angebot im Sinne der Verzugslehre ist, sondern bedingt ist durch den Inhalt der Obligation und nur den Schlussstein der schuldnerischen Verpflichtung bildet.

Ein ferneres Moment kommt hinzu. Nach dem B. G. B. ist im Zweifel Erfüllungsort der Wohnsitz des Schuldners zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses,[26]) und diese Bestimmung ist auch für Geldschulden aufrecht erhalten, jedoch dem Gläubiger die Verpflichtung auferlegt, auf seine Kosten und Gefahr Geld dem Gläubiger in dessen Wohnung zu übermitteln.[27]) Hieraus ergiebt sich, dass nur Geldschulden als Bringschulden, alle anderen aber als Holschulden vom Gesetze aufgefasst werden; und hieraus folgt, dass entgegen dem Wortlaute die Verbaloblation als die Regel und die Realoblation als die Ausnahme erscheint.

Besonders hervorgehoben sind im Gesetze die Schuldverhältnisse auf Leistung Zug um Zug. In diesen Fällen bedingen Leistung und Gegenleistung einander, sodass die Leistung des einen immer Voraussetzung der Leistung des anderen ist. Es braucht dem entsprechend auch der eine nur anzubieten unter der Bedingung, dass auch der andere die Gegenleistung offeriert. Das Angebot des einen als Gläubiger erscheint also als diejenige Handlung, welche gegenüber dem anderen als Schuldner erforderlich ist, um letzteren zur Bewirkung der Leistung zu veranlassen.[28])

Deshalb bestimmt § 298: »Ist der Schuldner nur gegen eine Leistung des Gläubigers zu leisten verpflichtet, so kommt der Gläubiger in Verzug, wenn er zwar die angebotene Leistung anzunehmen bereit ist, die verlangte Gegenleistung aber nicht anbietet.« Zur Begründung des Verzuges ist also nicht die Weigerung die Gegenleistung zu bewirken erforderlich, sondern es genügt ein rein passives Verhalten und das Ausbleiben des Angebots.[29])

Eine besondere Beachtung verdient noch der Fall, wenn der Gläubiger bereits vor der Oblation mit Bestimmtheit erklärt ha

---

[26]) B. G. B. § 269.
[27]) B. G. B. § 270.
[28]) B. G. B. § 295.
[29]) Plank, Erläuterungen, Heft 3, S. 72.

die Leistung nicht annehmen zu wollen. Vorausgesetzt ist natürlich, dass der Schuldner hierzu keine Veranlassung gab, dass also der Gläubiger sine justa causa die Weigerung ausgesprochen hat. Es fragt sich dabei, ob man in diesem Falle dem Schuldner noch eine Oblation zur Begründung des Verzuges auferlegen sollte in Erwägung, dass es verlorene Liebesmüh' sei, dem Gläubiger nochmals die Leistung anzubieten, da er doch abermals dieselbe ausschlagen werde, während andererseits zu beachten ist, dass die Erklärung des Gläubigers nicht annehmen zu wollen vor der Fälligkeit abgegeben ist, an sich also den Schuldner nicht berechtigt schon jetzt das Schuldverhältnis für verzögert zu erachten, und immer noch die Möglichkeit besteht, dass der Gläubiger sich im entscheidenden Moment eines Besseren besinnen werde.

Unsere Quellen sprechen sich über diesen Punkt nicht aus; man wird mit Rücksicht auf praktische Erwägungen daran festhalten müssen, dass das Angebot trotzdem zu erfolgen hat. Die Wirkungen des Verzuges sind so tief einschneidend in die Rechte des Gläubigers, die Veränderungen der Obligation so intensiv, dass im Augenblicke der Fälligkeit der Gläubiger noch durch die Oblation erinnert werden soll, um noch einmal die Konsequenzen seiner Weigerung sich vor Augen zu halten.

Theorie und Praxis haben sich jedoch bemüht, dem Schuldner Erleichterungen in diesem Falle zu schaffen, und so ist man allgemein zu dem Rechtssatz gelangt, dass bei anticipierter Annahmeweigerung Realoblation nicht notwendig sei, sondern Verbaloblation genüge.[30]) Freilich hat man — wir knüpfen an unsere obigen Erörterungen an — hierbei nicht die Form der Oblation erleichtert, sondern durch Rechtsatz einen Teil der konkreten Verbindlichkeit dem Schuldner erlassen: Denn wenn im Falle einer Bringschuld der Schuldner es nunmehr nicht mehr nötig hat, mit dem Objekte der Leistung hinzugehen, sondern sich mit einer wörtlichen Erklärung von seiner Wohnung aus begnügen kann, so hat eben die Schuld ihren Charakter verändert und aufgehört Bringschuld zu sein, solange der Gläubiger in mora sich befindet. Wir werden diesen Rechtssatz aber durchaus billigen können mit Rücksicht auf die Härte, die den Schuldner trifft, wenn er trotz vorheriger Ablehnung die Sache in das Haus des Gläubigers schaffen soll, um vielleicht unverrichteter Sache wieder

[30]) Dernburg, Pandecten II, S. 119.

umzukehren, und dies mit dem Bewusstsein, dass er das bereits im Voraus geahnt habe. Aber wir schliessen so: Durch die anticipierte Annahmeweigerung hat die Schuld ihren Charakter als Bringschuld eingebüsst, der Schuldner braucht nicht mehr die Sache in die Wohnung zu bringen, sondern hat seine Pflicht gethan, wenn er im übrigen zur Leistung bereit ist. Jetzt ist auch die Möglichkeit gegeben die Sache wirksam zu offerieren, und diese Oblation muss nun zur Begründung des Verzuges durch Erklärung gegenüber dem anderen Teile erfolgen.

Aber wir gehen noch einen Schritt weiter. Der Schuldner wird bei anticipierter Annahmeweigerung des Gläubigers es nicht mehr nötig haben, sich in volle, thatsächliche Leistungsbereitschaft zu setzen, sondern es muss genügen, dass er nur in der Lage ist, gegebenen Falls zu erfüllen, dass er also nur für die Möglichkeit rechtzeitig leisten zu können sorgt.[31]) Mommsen[32]) freilich hält an der Notwendigkeit der Erfüllungsbereitschaft fest, indem er den Nachweis vermisst, dass der Schuldner auch habe erfüllen wollen. Indessen kommt es auf diesen Willen garnicht an, es kann sogar die Weigerung dem Schuldner ganz lieb gewesen sein, die Thatsache schlechthin muss genügen diese Erleichterung dem Schuldner zu gewähren.[33]) [34])

Im B. G. B. finden wir den Satz des gemeinen Rechts gleichfalls ausgesprochen: »Ein wörtliches Angebot des Schuldners genügt, wenn der Gläubiger ihm erklärt hat, dass er die Leistung nicht annehmen werde«.[35]) Bei der Fassung des Gesetzes kann es aber zweifelhaft sein, ob volle Erfüllungsbereitschaft verlangt wird, die wir oben abgelehnt haben. Für diese Auffassung spricht der Umstand, dass § 292 sich unmittelbar an den Wortlaut des § 294: »Die Leistung muss so, wie sie zu bewirken ist, angeboten werden« anschliesst, auch die Motive sagen:[36]) »Das reelle Leistungsvermögen des Schuldners immer vorausgesetzt.« So ist denn die Frage bereits kontrovers. Endemann[37]) spricht

---

[31]) Windscheid, a. a. o. S. 312; Kohler, in Jherings Jhrb. S. 400.
[32]) Mommsen, a. o. S. 176 und 177.
[33]) Kohler, a. a. O. S. 403.
[34]) A. M. auch R. O. H. G. bei Seuff. B. 28 No. 166.
[35]) B. G. B. § 295.
[36]) Motive zum B. G. B. S. 70.
[37]) Endemann, a. a. O. S. 623, Anm. 8.

von einem wörtlichen Angebot der Leistung, verlangt also zweifellos volle Erfüllungsbereitschaft, Kohler[38]) verneint dies.

Wir werden auch für das B. G. B. unsere oben entwickelte Auffassung festhalten. Denn unserer Ansicht nach sind die Zweifel nur durch die technisch nicht ganz klare Fassung des § 295 entstanden. Derselbe enthält die vielen Fälle des wörtlichen Angebots, die naturgemäss aus den verschiedensten Erwägungen hervorgegangen sind. Ergiebt sich die oben citierte Bestimmung aus dem Schlusse, dass es gegen Treu und Glauben verstossen würde, wenn der Gläubiger unter der gedachten Voraussetzung sich darauf berufen wollte, dass der Schuldner die Leistung nicht thatsächlich, sondern nur wörtlich angeboten habe, so folgen die anderen Bestimmungen aus der Natur der Schuldverhältnisse.[39]) Auf diese letzten Vorschriften ist der § 294 unmittelbar zu beziehen, für den Fall der vorangehenden Annahmeweigerung wird man den oben aufgestellten Grundsatz bei extensiver Interpretation gelten lassen dürfen.

§ 4.

b. Fortfall der Oblation.

In einer Reihe von Fällen ist der Thatbestand des Annahmeverzuges schon gegeben, wenn der Gläubiger nicht zur Empfangnahme bereit ist, ohne dass es vorheriger Oblation bedarf. Knüpfen wir zunächst an den Fall der vor der Fälligkeit angezeigten Annahmeweigerung an, so kommt das Angebot in Wegfall, wenn der Inhalt der Obligation sich als Dienst- oder Werkvertrag charakterisiert.[1]) Dies liegt in der Natur dieser Schuldverhältnisse begründet. Sie nehmen die Thätigkeit des Schuldners eine gewisse Zeit in Anspruch, bis sie soweit gediehen sind, dass man von Leistungsbereitschaft sprechen kann. In dieser Zeit steht es dem Gläubiger frei vom Vertrage zurückzutreten und durch Kündigung anticipando dem Schuldner zu eröffnen, dass er die Annahme verweigern wolle. Dann aber braucht der Schuldner nicht noch durch Oblation den Verzug zu konstatieren, sondern dieser tritt schon als Folge der Kündigung ein.[2])

---

[38]) Kohler, im Arch. f. bürg. Recht S. 196.

[39]) Plank, a. a. O. Heft 3, S. 70 zu § 295.

[1]) Kohler, im Arch. f. bürg. Recht, S. 198.

[2]) Dernberg, a. a. O. S. 307 und 310; l. 19 § 9 D. loc. con. 19,2; l. 4 D. de off. adess. 1,22; B. G. B. § 649.

Das Angebot fällt natürlich fort, wo die Annahme des Gläubigers unmöglich ist, denn der Schuldner kann ja nur dort anbieten, wo der andere Teil anzunehmen vermag. Dies trifft zu, wenn der Gläubiger abwesend ist und auch keinen Vertreter bestellt hat.[3]) Freilich darf er hierbei nicht chikanös behandelt werden, und der Schuldner z. B. sein Recht an jedem Orte leisten zu dürfen nicht missbrauchen. In diesem Falle gestattet schon das römische Recht den Willen, eine Oblation vorzunehmen, durch einen gerichtlichen Akt zu bezeugen.[4]) Nach dem B. G. B. hat öffentliche Oblation stattzufinden, die nach den Vorschriften der C. P. O. durch öffentliche Zustellung erfolgt. [5]) [6])

Ist es objectiv ungewiss, wer von mehreren Prätendenten die Leistung zu beanspruchen hat, so kann der Schuldner nicht mit Wirksamkeit offerieren, da der wahre Gläubiger noch unbekannt ist. Er kann sich aber dem obligatorischen Nexus dadurch entziehen, dass er zu den Rechtsbehelfen, die ihm die Rechtsordnung gewährt, insbesondere zur Hinterlegung des geschuldeten Gegenstandes greift.[7]) Ist dagegen nur für den Schuldner die Person des Gläubigers ungewiss, so kann freilich eine Oblation nicht erfolgen, aber trotzdem ohne diese ein Annahmeverzug nicht begründet werden. Der Schuldner muss sich dann eben bemühen die Person des Gläubigers zu erforschen, kann aber auch durch Hinterlegung oder Aufgebot sich von der Aufbewahrungspflicht oder der Verbindlichkeit überhaupt befreien.

Ein Angebot ist ferner dann nicht notwendig, wenn zur Leistung eine vom Gläubiger vorzunehmende Handlung erforderlich ist und diese unmöglich geworden ist.[8])

Bestritten ist die Frage, ob eine Oblation sich erübrigt, wenn dem Gläubiger für die Empfangnahme beziehungsweise für die Vornahme der erforderlichen Mitwirkung ein fester Termin gesetzt ist, mit anderen Worten, ob der Satz: dies interpellat pro

---

[3]) Mommsen, a. a. O. S. 169.

[4]) l. 6 C. de usur. 4,32.

[5]) Wenn Hirsch, a. a. O. S. 210 schon in der l. 6 cit. einen Akt gerichtlicher Zustellung sieht, so geht das zu weit. Es soll nur die Leistungsbereitschaft konstatiert und die Abwesenheit des Gläubigers beurkundet werden. cfr. Brinz, Pandecten II, S. 311, Anm. 20.

[6]) B. G. B. § 132.

[7]) Kohler, a. a. O. S. 199.

[8]) Kohler, a. a. O. S. 199.

homine hier seine Anwendung findet. Hier liegt nur ein spezieller Fall der allgemeinen Streitfrage vor, die sich um die Anwendung dieses Satzes dreht.

Ist auch zuzugeben, dass den Römern die Rechtsregel unbekannt war, so ist doch durch konstante Anwendung und allgemeine Gerichtspraxis im Wege der Gewohnheit der Satz zu voller Geltung gelangt[9]) und diese hat auch die Opposition Savignys nicht erschüttern können.[10]) Deshalb ist der Satz auch allgemein auf unseren Fall anzuwenden.[11])

Das B. G. B. hat den kraft Gewohnheitsrechts geltenden Rechtssatz in voller Schärfe kodifiziert.[12]) Demnach erübrigt sich das Angebot, wenn für die vom Gläubiger vorzunehmende Handlung eine Zeit nach dem Kalender festgesetzt ist oder diese sich ohne weiteres berechnen läst. Das Ausbleiben der Mitwirkung zieht also sofort die Wirkungen des Verzuges nach sich, vorausgesetzt immer, dass der Schuldner seinerseits in Leistungsbereitschaft sich befindet. Es erhebt sich aber die Frage, wer für diese Voraussetzung beweispflichtig ist. Hat der Schuldner zu beweisen, dass er leistungsbereit war, oder der Gläubiger, dass jener es nicht war? Plank schliesst aus der Fassung des § 297, dass dem Schuldner der Beweis nicht obliegt, ihn aber zu führen hat, wenn der Gläubiger im Wege der Einrede die Leistungsbereitschaft des Schuldners bestreitet.[13])

Allein hat der Schuldner im allgemeinen sein pflichtgemässes Gebahren dargethan, also den Nachweis erbracht, dass äusserlich alles in Ordnung ist, so kann ihm nicht der Beweis auferlegt werden, wenn der Gläubiger gleichwohl Einwendungen erhebt. Das Normale ist zu unterstellen, und wenn der Gegner das scheinbar in normaler Beschaffenheit zur Leistung Dargebotene trotzdem nicht ordnungsmässig findet, so hat er zu beweisen.[14])

---

[9]) Dernberg, a. a. O. § 40, Anm. 14.

[10]) Savigny, in seinen Vorlesungen, cit. bei Dernburg.

[11]) Mommsen, S. 140, 173; Schey, S. 115, Anm. 4; Windscheid, a. a. O. S. 86, Anm. 4.

[12]) B. G. B. § 296.

[13]) Plank, a. a. O. S. 72 zu § 297.

[14]) Dernburg, a. a. O. S. 62.

§ 5.

c. Gegenstand, Zeit und Ort der Oblation.

Gegenstand der Oblation ist die Leistung des Schuldners so, wie sie nach dem Inhalt der Obligation zu bewirken ist.[1]) Volle Leistungsbereitschaft muss angeboten werden, und zwar in der Beschaffenheit, dass für den Gläubiger keine justa causa vorhanden ist die Annahme zu verweigern.

Wie unendlich mannigfaltig der Inhalt der dargebotenen Leistung, wie verschieden die Art der Mitwirkung des Gläubigers sein kann, ist oben bereits ausgeführt und bedarf hier keiner weiteren Erörterung. Wenn aber Mommsen und Römer[2]) in dem Falle, wo dem Gläubiger ein Wahlrecht unter mehreren Objekten zusteht, eine Oblation der Leistung für unmöglich halten und nur einen Verzug bezüglich des Wahlrechts annehmen, so fassen sie den Begriff der Leistungsbereitschaft zu eng. Hier hat der Schuldner seiner Verpflichtung genügt, wenn er die Gegenstände zur Wahl bereit stellt und den Gläubiger zur Vornahme der Wahl auffordert. Unterbleibt diese, so ist der Gläubiger nicht nur im Verzuge der Ausübung des Wahlrechts, sondern auch der Annahme der Leistung. Denn in der Aufforderung zur Wahl liegt doch die Erklärung das Gewählte zu leisten, und dieses Vorhaben wird eben durch die fehlende Mitwirkung des Gläubigers verhindert.

Dem entsprechend spricht auch das B. G. B. den Gedanken aus: Dem Angebote der Leistung steht die Aufforderung an den Gläubiger gleich, die erforderliche Handlung vorzunehmen.[3]) Mit dieser Bestimmung werden alle die Fälle getroffen, in denen es sich nicht um blosse Sachleistung und Empfangnahme handelt, sondern der Gläubiger irgendwie anders zur Erfüllung des Schuldverhältnisses thätig sein muss. Bleibt diese Handlung aus, dann tritt nicht nur Verzug des Gläubigers hinsichtlich der ihm obliegenden Thätigkeit, sondern auch hinsichtlich der Obligation allgemein mit den daraus entspringenden Folgen ein.

Nicht ganz unbestritten ist im gemeinen Recht die Frage, ob der Schuldner Teilleistungen anbieten darf, doch ist dies unbedingt zu verneinen,[4]) sofern es ihm nicht ausdrücklich durch

[1]) B. G. B. § 294.

[2]) Mommsen, a. a. O. S. 152; Römer, Abhandlungen, S. 141.

[3]) B. G. B. § 295 i. f.

[4]) Dernburg, a. a. O. § 55, Anm. 8.

Vereinbarung oder Gesetz gestattet ist.[5]) Dem entsprechend ist auch die Oblation eines Teiles des Geschuldeten ohne Bedeutung und kann auch hinsichtlich des angebotenen Teiles Verzug nicht begründen.

Für das B. G. B. gilt gleichfalls der Grundsatz, dass der Schuldner zu Teilzahlungen und demnach auch zu Teilangeboten nicht berechtigt ist.[6])

Ort und Zeit der Oblation unterliegen den allgemeinen Sätzen über die Solution, denn das Angebot der Leistung leitet die Erfüllung ein und ist deshalb denselben Rechtsregeln unterworfen. Dem entsprechend hat die Oblation an dem festgesetzten Erfüllungsort zu geschehen; ist dieser nicht fixiert, so kann der Schuldner an jedem passenden Orte anbieten.[7])

Nach dem B. G. B. hat, wenn nichts Anderes bestimmt ist, die Erfüllung und demnach auch die Oblation dort zu erfolgen, wo der Schuldner zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses seinen Wohnsitz hat, oder, wenn die Verbindlichkeit im Gewerbebetriebe des Schuldners entstanden ist, am Orte seiner gewerblichen Niederlassung stattzufinden.[8]) Dies gilt auch für Geldschulden, jedoch hat der Schuldner noch die Verpflichtung Geld auf seine Gefahr und Kosten dem Gläubiger an dessen Wohnsitz zu liefern.[9]) Demnach kam bei Geldschulden ein wirksames Angebot nur am Wohnorte des Gläubigers erfolgen.

Für die Zeit der Oblation ist gleichfalls der Inhalt des Schuldverhältnisses massgebend, wobei der Satz: diei adjectio semper pro reo gilt, sodass dann auch der Schuldner vor der festgesetzten Erfüllungszeit wirksam anbieten kann.

Im § 271 des B. G. B. kehrt dieser Satz wieder, und zu dieser ganzen Lehre kommt noch der Satz des § 242 a. a. O. hinzu, der schon im gemeinen Recht vielfach zum Durchbruch gelangt, im B. G. B. aber in aller Schärfe ausgesprochen ist: Der Schuldner ist verpflichtet die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.

---

[5]) Cfr. z. B. Art. 38, W. O.; § 137 K. O.

[6]) B. G. B. § 266.

[7]) l. 9 D. de eo quod. certo 13,4; l. 39 D. de sol. 46,3. Die Frage ist bestritten. Vergl. Dernburg § 32, Anm. 6.

[8]) § 269. [9]) 270.

§ 6.

d. Personen bei der Oblation.

Auch hier gelten die Regeln und Prinzipien der Lehre von der Solution. Allein es erhebt sich die Frage, ob der Satz: solvendo quisque pro alio licet invito et ignorante liberat eum (l. 39 D. de neg. gest. 3,5) uneingeschränkt auf die Oblation anzuwenden ist. Die Anhänger der sogenannten Realoblation bejahen dies für deren Fälle, und dies auch unbedenklich, denn hier kommt ein eigentliches Angebot im Sinne der mora-Lehre garnicht in Frage.[1]) Allein handelt es sich um eine Holschuld oder eine andere vorbereitende Handlung des Gläubigers, so kann die Aufforderung eines beliebigen Dritten den Gegenstand bei ihm in Empfang zu nehmen oder die Handlung zu vollziehen eine wirksame Oblation nicht begründen. Es kann dem Gläubiger nicht zugemutet werden, sich ohne weiteres mit einem Dritten in Verhandlungen einzulassen, den er vielleicht gar nicht kennt, oder mit dem er nichts zu thun haben will. Wollte man diese Verpflichtung dem Gläubiger auferlegen, so wäre damit der Chikane Thür und Thor geöffnet. Der Gläubiger könnte, wenn ihn dieser dritte dann lachend abweise, nicht einmal einen Schadenersatzanspruch geltend machen, ihn höchstens wegen Beleidigung vor das Strafgericht ziehen.

Dieselben Resultate ergiebt das B. G. B. unter Berücksichtigung von Real- und Verbaloblation, welche Scheidung es ja acceptiert hat. Die passive Form, in die der § 294 gekleidet ist, deutet darauf hin, dass im Vordergrunde die Oblation stehen soll und nicht die Person des Offerenten. Es kann also auch jeder Dritte wirksam offerieren, nur — im Gegensatz zum gemeinen Recht — nicht gegen den Willen des Schuldners, weil dann die Erfüllung, also auch die Oblation ausgeschlossen ist.[2])

Im § 295 dagegen ist die aktive Form gewählt, die Person Offerenten hervorgehoben. Demnach kann nur der Schuldner selbst wörtlich anbieten, das Angebot eines Dritten hat nicht die Kraft, den Gläubiger in Verzug zu setzen.[3])

Unter mehreren die Leistung anbietenden Personen hat der

---

[1]) Mommsen, a. a. O. S. 159.

[2]) § 267, Abs. 2.

[3]) Plank. a. a. O. S. 71, No. 7.

Gläubiger die Wahl, sofern nicht durch Gesetz andere Vorschriften gegeben sind.[4])

Liegt eine Gesamtschuldverbindlichkeit vor, so gilt der Satz, dass Zahlung eines Schuldners alle befreit,[5]) entsprechend für die Oblation, denn sie geschieht ja in der Absicht, die Schuld zu tilgen, für die alle verhaftet sind, sodass die Verweigerung des Gläubigers Annahmeverzug und Erleichterung in der Haftung allen Schuldnern gegenüber zur Folge hat.[6])

Werfen wir jetzt die Frage auf, wem gegenüber die Oblation stattgefunden hat, so lautet die Antwort: dem Gläubiger oder dessen Rechtsnachfolger, Cessionar oder Erben. Handelt es sich um eine solidarische Berechtigung, so genügt, wie Zahlung an einen liberierenden Effekt für alle hat, auch das Angebot an einen der Gesamtgläubiger.[7]) [8])

§ 7.

2. Nichtannahme der Leistung.

Erfordert der Gläubigerverzug auf Seiten des Schuldners Erfüllungsbereitschaft und die Dokumentierung derselben in Form der Oblation, so tritt auf Seiten des Gläubigers als gegensätzliches Moment hinzu die Nichtannahme der Leistung, der wir jetzt unsere Aufmerksamkeit zuwenden wollen.

Hier stehen sich zwei Anschauungen diametral gegenüber. Die eine, die die herrschende genannt werden kann und von Madai,

[4]) Cfr. W. O. Art. 64.

[5]) l. 3 § 1 D. de duob. reis 45,2.

[6]) Kohler, im Arch. f. bürgl. Recht, S. 170; B. G. B. § 424.

[7]) Dernburg, S. 204; B. G. B. § 429.

[8]) Wenn Wolff, zur Lehre von der mora, S. 497 lehrt, die mora eines Korrealgläubigers enthalte nur eine subjektive Richtung desselben auf die Obligation und wirke infolgedessen nicht gegen die übrigen Correi, so liegt darin eine unrichtige Auffassung der aktiven Korrealobligation. Für den Schuldner ist das Verhältnis der mehreren Gläubiger zu einander ohne Bedeutung, er schuldet einmal die Leistung, und hat er diese erfüllt, so ist er frei. Dass er diese Leistung mehreren gleichzeitig schuldet und diesen mehreren die Schuld sich als Gesamtschuld darstellt, kann seine Verbindlichkeit nicht ändern. Kann er einem gegenüber mit liberierendem Effekt erfüllen, so kann er auch, was ein minus ist, ihm mit Wirkung die Leistung anbieten.

Nicht also in subjektiver Richtung allein wirkt die Annahmeweigerung eines correus, sondern objektiv auf die Gestaltung der Obligation, die eben im Falle der Weigerung in ein andores Stadium tritt mit Wirksamkeit gegen alle.

Wolff, Windscheid, Dernburg und Schey vertreten wird,[1]) verlangt für die Begründung des Verzuges ein auf Verschuldung beruhendes Ausbleiben der Annahme, die andere, deren Anhänger Sintenis, Kohler, Brinz und Hirsch sind,[2]) sehen von einer culpa ab, ihnen genügt die nakte Thatsache der Nichtannahme, um den Gläubigerverzug zu begründen. Mommsen endlich stellt eine mittlere Meinung auf, indem er Annahmeverzug eintreten lässt, wenn die Nichtmitwirkung auf den Willen des Gläubigers zurückzuführen ist, äussere Zufälle dagegen für nicht ausreichend erklärt[3])

Diese letzte Theorie ist eine Theorie der Versöhnung, sie will die Kluft, die die beiden anderen spaltet, überbrücken aus Gründen des Rechtsgefühls, nicht im Wege juristischer Deduktion. Schon daraus ergiebt sich ihre Unhaltbarkeit. Sie ist ohne prinzipielle Basis, und deshalb juristisch nicht zu begründen; ein Mittelding zwischen casus und culpa haben die Römer nicht gekannt, wie es hier Mommsen annimmt, und in den Quellen ist davon keine Spur zu entdecken.[4])

Aus dem Verhältnis von Gläubiger und Schuldner innerhalb der Obligation wollen wir die oben aufgeworfene Streitfrage zu beantworten suchen.[5])

Eine Haftung für dolus und culpa hat innerhalb des Schuldverhältnisses nur derjenige zu prästieren, dem eine solche durch die Verbindlichkeit auferlegt ist. Verantwortlichkeit trifft ihn nur insoweit, als er für sein Thun und Lassen einem anderen Rechenschaft abzulegen hat. Mit anderen Worten: bewegt sich seine Thätigkeit im Bereiche der Verpflichtung, so tritt der Massstab der diligentia des bonus pater familias an ihn heran, und das Ausserachtlassen dieser Sorgfalt zieht seine Verantwortlichkeit nach sich. Bewegt er sich aber auf dem Boden seiner subjektiven Befugnisse, so ist er frei von jedem Regress, er schaltet und waltet nach freiem Willen, nicht beschränkt und eingeengt durch die Grenzen einer Verpflichtung.

Nach der Auffassung einiger Schriftsteller, insbesondere von

---

[1]) Madai, S. 258 ff.; Wolff, S. 433—436; Windscheid, S. 313, No. 3; Dernburg, S. 119; Schey, S. 91 ff.

[2]) Sintenus, II, S. 218; Kohler, S. 409 ff.; Brinz, S. 309; Hirsch, S. 215.

[3]) Mommsen, S. 261 ff. [4]) Schey, S. 20—24.

[5]) Vergl. z. Folg. bes. Kohler, S. 409 ff., 261 ff.

Madai und Wolff,[6]) ist die Stellung der einander gegenüberstehenden Kontrahenten eine vollständig ebenmässige.[7]) Der Pflicht des Schuldners zur Leistung steht die Pflicht des Gläubigers zur Annahme gegenüber. Beide haben in gleicher Weise die Verpflichtung an der Lösung der Obligation thätig zu werden, und nur culpose Verletzung ihrer Aufgabe zieht ihre Verantwortlichkeit mit sich.

Mit Recht bezeichnet Kohler diese Auffassung als einen fundamentalen Irrtum.[8]) Der Gläubiger ist niemals verpflichtet, die Leistung anzunehmen. Indem er einen anderen durch das Band des Schuldverhältnisses sich obligiert, schafft er sich ein neues Stück seiner Vermögenssphäre, erwirbt er ein neues Recht. Macht nun der Gläubiger von der ihm zustehenden Befugnis aus irgend welchem Grunde keinen Gebrauch, so ist das sein Schaden ebenso, wie es sein Nachtheil ist, wenn er es verabsäumt, sein Kapital zur Verzinsung auf die Sparkasse zu legen oder die Früchte seines Feldes zu ernten, das er bestellt hat. Die Nichtannahme der Leistung charakterisiert sich also als die Nichtbenutzung eines Vermögensgutes, als das sich der dem Gläubiger unterworfene Wille des Schuldners darstellt. Demnach ist vom Standpunkte dieser Auffassung die Nichtannahme niemals Pflichtverletzung und ein Massstab nach dolus und culpa unmöglich.

Dagegen kann der Schuldner sehr wohl ein Interesse an seiner Leistung haben, die ihm Berühmtheit und Ansehen einzubringen vermag, wogegen ihm die vom Gläubiger zu gewährende Entschädigung minder wichtig erscheint. Allein dieses auf inneren Motiven beruhende und sich häufig über die konkrete Verbindlichkeit hinaus erstreckende Interesse durch Klage zu schützen und dem Schuldner einen solchen Eingriff in die Rechte des Gläubigers zu gewähren, würde in dieser allgemeinen Form zu weit gehen, und kann von der Rechtsordnung nicht sanktioniert werden, zumal auch das Interesse des Gläubigers gegensätzlicher Natur sein kann.

Aus dem Gesagten erhellt, dass zur logischen Begründung des Grundsatzes, dass nur schuldhafte Nichtannahme einen Ver-

---

[6]) Madai, S. 227; Wolff, S. 406.

[7]) Wir unterstellen der Anschaulichkeit halber den Fall der einseitigen Obligation.

[8]) Kohler, S. 263 ff.

zug begründen könne, immer die Konstruktion einer Verpflichtung nach irgend welcher Richtung hin auf Seiten des Gläubigers notwendig ist, durch deren Verletzung die Wirkungen des Verzuges eintreten. So kehrt auch der Gedanke, dass durch das obligatorische Band auch der Gläubiger eine gewisse Verpflichtung übernommen habe, in den verschiedensten Formulierungen wieder, von dem aus die Notwendigkeit einer culpa zu begründen versucht wird.

Ulrich[9]) stellt zwar den Satz von der Pflicht des Gläubigers zur Annahme in Abrede, meint aber, das Interesse des Schuldners ziele nicht darauf ab, sondern auf Befreiuung von der Schuld, und dies zu erwirken sei der Gläubiger verpflichtet. Allein der Gläubiger kann nur in zweifacher Weise zur Befreiung des Schuldners beitragen, nämlich durch Annahme oder Erlass; alle anderen Befreiungsgründe führen auf das Gesetz zurück. Ein solcher alternativer Anspruch des Schuldners gegen den Gläubiger ist aber unserem Rechtsgefühl unbekannt und ohne Quellenanhalt. Ferner: zwischen Annahme und Erlass liegt doch ein drittes: der einfache Nichtgebrauch eines Rechts, welche Möglichkeit niemand dem Gläubiger bestreiten wird.[10])

Einer ähnlichen Auffassung scheint Dernburg[11]) zu huldigen, wenn er meint, der Gläubiger dürfe die Annahme nicht verzögern, ohne den Schuldner zu liberieren; in seinen Pandecten[12]) stützt er das Erfordernis der culpa auf den Parallellismus der mora creditoris und debitoris, den er in l. 37 D. mand. 17,1 findet. Allein dieser Parallellismus soll erst durch den Nachweis, dass auch bei Annahmeverzug Verschuldung nötig sei, bewiesen werden. Aus den Worten der l. cit. »neutri frustratio prodesse debet« lässt sich dies nicht schliessen. Die Worte besagen nur, dass niemand aus dem Verzuge Nutzen ziehen soll. Ueber die Erfordernisse des Verzuges und auch über die inneren Beziehungen der beiden morae sagt die Stelle nichts und will auch nichts sagen.[13])

Schey[14]) operiert schon mit schwererem Geschütz, um die culpa-Theorie gegen die Angriffe zu verteidigen. Er betont scharf

[9]) Ulrich, Depos. und Derelict., S. 2 ff.
[10]) Schey, a. a. O. S. 91.
[11]) Dernburg, Preuss. Privatr. II, § 73, Anm 2.
[12]) Dernburg, Pandecten, II., S. 119, Anm. 9.
[13]) Kohler, im Arch. f. bürgerl. Recht, S. 151.
[14]) Schey, a. a. O. S. 91 ff.

den Gedanken, dass es nur ein Recht des Gläubigers auf Annahme gäbe; er leugnet die Pflicht zur Abnahme, wie zur Liberierung des Schuldners, statuiert dagegen eine allgemeine Rechtspflicht, die alle Lebensverhältnisse durchdringt. Danach hat die Rechtsordnung Normen aufgestellt, die ohne Beziehung auf ein bestimmtes Subjekt die Menschen überall begleiten und als naturalia negotii in die Erscheinung treten. In unserem Falle heisst diese Norm: neminem laede; sie legt dem Gläubiger die allgemeine Pflicht auf, den Schuldner nicht zu schädigen, sondern nach Kräften beizusteuern, um ihn von seiner Last zu befreien.

Allein solche allgemeine Rechtspflichten giebt es nicht. Sie mögen als sittliche Pflichten in der Weltordnung ihren Platz finden, in dem Gebäude des Rechts finden sie keinen Raum. Jede Verletzung einer Rechtsnorm ist immer die Verletzung eines subjektiven Rechts,[15]) und der Satz neminem laede besagt nur: Ueberschreite nicht deine Befugnisse, sonst trittst du in die Rechtssphäre eines anderen. Ist aber die Nichtannahme eine Rechtsverletzung, so kann sie sich nur in einer Läsion der Rechte des Schuldners äussern. Dem müsste aber eine rechtliche Gebundenheit des Gläubigers entsprechen, und damit gelangen wir wieder, zu dem Gedanken, die Nichtannahme sei eine Pflichtverletzung was Schey so energisch zurückgewiesen hatte.[16])

Windscheid führt aus:[17]) Nachtheile dürfen einem Unschuldigen nicht aufgebürdert werden. Der Gläubigerverzug führe aber erhebliche Nachteile mit sich, die dem Gläubiger nur dann auferlegt werden dürfen, wenn er schuldhafterweise nicht annimmt, also in culpa sich befindet.

Allein sollen die Schäden den Gläubiger nicht treffen, so müssen sie auf dem Schuldner sitzen bleiben, »es giebt keine

[15]) Hirsch, S. 176.

[16]) Eine eingehende Widerlegung der Theorie Schey's würde hier zu weit führen. Nur die Widerlegung eines von ihm citierten Beispiels sei hier gestattet. Schey begründet die actio Pauliana mit seiner allgemeinen Rechtspflicht. Freilich erlangt der Gläubiger nur sein Recht, wenn er im Konkurse seine volle Befriedigung erhält, und so läge kein Grund vor, seine Begünstigung vor den anderen anzufechten. Aber sobald die Anzeichen des Konkurses vorliegen, erwächst dem Gläubiger nur das Recht, im Ramen desselben, im Wege verhältnismässiger Teilung der Masse seine Ansprüche geltend zu machen, der sog. subjektive Konkursanspruch. Diesen allen Gläubigern zustehenden Anspruch verletzt er, wenn er besondere Befriedigung für sich beansprucht, ohne durch Gesetz dazu legitimiert zu sein.

[17]) Windscheid, S. 313, Anm. 8.

neutrale Zone.«[18]) Und der Schuldner ist doch immer schuldlos und müsste doch leiden. Das Rechtsgefühl bleibt hierbei gänzlich unbefriedigt. Windscheid verkennt vollständig den Gedanken, dass der Gläubiger ein Recht auf die Leistung hat und alle Nachteile, die ihn treffen, wenn nicht ein anderer sie verursacht, sich anrechnen muss, gleichviel ob er sich im Verschulden befindet oder nicht.

Wir kommen zum Resultat: Nur im Gebiete der Verpflichtung finden die Begriffe dolus und culpa Anwendung. Die Annahme der Leistung ist aber keine Pflicht, sondern nur ein Recht des Gläubigers. Mithin entfällt jede Charakteristik nach dolus und culpa.

Diesen im Wege der Deduktion gefundenen Satz bestätigen in aller Schärfe auch die Quellen. Zunächst l. 18 pr. D. de pec. const. 13,5: Item illa verba Praetoris »neque per actorem stetisse«, eandem recipiunt dubitationem. Et Pomponius dubitat, si forte ad diem constituti per actorem non steterit, ante stetit vel postea? et puto et haec ad diem constituti referenda: proinde si valetudine impeditus aut vi aut tempestate petitor non venit, ipsi nocere Pomponius scribit.

Ulpian kommt in dieser Stelle bei der Interpretation der Worte, »neque per actorem stetisse« zum Resultat, der Verlust der Klage aus dem Konstitut treffe immer den Gläubiger, wenn er gleichviel aus welchen Gründen zur Entgegennahme der Leistung nicht bereit sei. Die Stelle spricht also klar und deutlich aus, dass die nakte Thatsache der Nichtannahme Verzug und seine Folgen bewirke.

Die Gegner können sich diesem Resultat nicht entziehen, suchen es aber auf das Konstitut zu beschränken und der Stelle allgemeine Bedeutung abzusprechen.

Schey[19]) vergleicht das Konstitut mit dem modernen Fixgeschäft: es sollte zu einer bestimmten Zeit oder gar nicht geleistet werden, woraus sich der Verlust der Klage auch bei schuldloser Verhinderung zur Annahme erkläre.

Diese Auffassung steht in vollem Widerspruch zu der Thatsache, dass die Römer das Konstitut auch ohne festen Zahlungstermin kannten.[20])

---

[18]) Kohler, S. 160 ff.

[19]) Schey, a. a. O. S. 76, 77.

[20]) l. 21 § 1 D. h. t. 13,5.

Mommsen[21]) meint, die Stelle beweise für die Verzugslehre zu viel, denn der Verlust der Klage sei nirgends als Wirkung des Verzuges bezeugt. Ueber die dem Konstitut zu Grunde liegende Obligation enthalte die Stelle nichts, weshalb sie sich nur aus der Eigentümlichkeit dieses Institutes erklären lasse.

Das Konstitutum bezweckte, wie die Konventionalstrafe, lex commissoria etc. Sicherung des Gläubigers in Bezug auf eine bereits bestehende Obligation und stärkere Haftung des Schuldners. Letzterer verpflichtete sich die Schuld so, wie sie bestand, zu einer besimmten Zeit zu bezahlen, indem er auf die nachher entstandenen Einreden verzichtete und die schweren Folgen der Nichterfüllung auf sich nahm.[22])

Diesen strengen Bedingungen gegenüber wurde zur Erleichterung des Schuldners dem Gläubiger die Klage überhaupt versagt, wenn er nicht zur festgesetzten Zeit die Leistung anzunehmen bereit war.[23]) Der Verlust der Klage ist also thatsächlich eine Eigentümlichkeit des Konstitutum.

Die Frage aber, unter welchen Umständen und aus welchen Gründen der Gläubiger die Annahme unterliess, hängt mit diesem Institut garnicht zusammen, sondern gehört in die allgemeinen Lehren von der Erfüllung der Obligation, in die Lehre von der mora creditoris. Und da spricht der Jurist es aus, dass weder Krankheit, noch Gewalt, noch Unwetter entschuldigend den Schaden abzuwenden vermögen.[24])

In der l. 3 § 4 D. de act. emti 19,1 scheint Pomponius eine Definition des Annahmeverzuges zu geben. Allerdings ist die Oblation nicht ausdrücklich erwähnt, aber das omni tempore paratus kann doch nicht bedeuten, dass er zu jeder Zeit, mit dem Gegenstande ausgerüstet, zur Leistung dagestanden habe, es heisst nur, dass er erklärt habe, jeder Zeit bereit zu sein, seine Verpflichtung zu erfüllen.[25]) Wenn aber Mommsen[26]) zu einer er-

[21]) Mommsen, a. a. O. S. 165.

[22]) Vergl. Dernburg, a. a. O. § 69.

[23]) Kohler, im Arch. f. bürgerl. Recht, S. 159.

[24]) Zu weit geht Kohler, wenn er aus der l. 18 cit. schliessen will, dass auch in den anderen Stellen der Ausdruck per creditorem stat, quominus solveretur eine Verhinderung schlechthin bedeute. Die Phrase wird für mora debitoris und creditoris promiscue gebraucht, während bei ersterer das Erfordernis der culpa fast allgemein anerkannt ist.

[25]) Mommsen, S. 140. [26]) Mommsen, S. 164.

schöpfenden Definition in der Stelle die Zurückweisung der Leistung durch den Gläubiger vermisst, so liefert eben dieser Umstand Beweis für die Richtigkeit unserer Ansicht.[27]) Die Thatsache des Ausbleibens der Annahme bedingt schon den Eintritt des Verzuges.

In der l. 19 § 9 D. und l. 38 pr. D. locati 19,2 ist die Verpflichtung des Mieters zur Zahlung des Mietspreises deutlich ausgesprochen, auch wenn er ohne Schuld nicht habe annehmen können. Ulrich und Windscheid,[28]) die den Satz aussprechen, dass Nachteile einen Unschuldigen nicht treffen dürfen, sehen in den l. cit. eine positive Ausnahmebestimmung, welche Annahme ganz willkürlich erscheint.

Die Stelle erklärt sich am einfachsten, wenn man ihre Entscheidung als auf dem Prinzip basierend annimmt, dass zum Eintritt des Gläubigerverzuges ein Verschulden nicht nötig ist. Nimmt der Gläubiger die Dienstleistung nicht an, so gerät er eben in mora und hat die Folgen zu tragen, in unserem Falle den Gegenanspruch zu erstatten. Welche Gründe hierbei vorliegen, bleibt gleichgültig.

Die l. 72 pr. D. de sol. 46,3 wird häufig von den Gegnern zum Beweise angeführt. So sieht Dernburg[29]) in den Worten »sine justa causa recusavit« ein subjektives Moment, das für die mora von Bedeutung sei. Wir entgegnen ihm aber mit den Worten Kohlers:[30]) »Vieles ist unbegründet und doch unverschuldet,« und so sind auch häufig die Folgen des Annahmeverzuges unverschuldet dem Gläubiger zur Last gefallen.

Wenn es aber am Schlusse der l. cit. heisst: non est aequum teneri (debitorem), so entspricht das gerade dem von uns aufgestellten Princip. Unbillig ist es, wenn der Schuldner dadurch leiden soll, dass seine Leistung nicht angenommen wird, und wenn der Gläubiger auch unverschuldet sein Recht nicht benutzen kann, dem Schuldner darf auch dieser Umstand keinen Schaden bringen.

Die lex commissoria tritt nicht in Kraft, die Konventionalstrafe verfällt nicht, wenn die Nichterfüllung auf einen in dem

---

[27]) Hirsch, S. 230.

[28]) Ulrich, a a. O. S. 13, Note 1; Windscheid, II, S. 511.

[29]) Dernburg, II, § 13. Anm. 9.

[30]) Kohler, im Arch. f. bürgerl. Recht, S. 151.

Gläubiger liegenden Grund zurückzuführen ist, d. h. wenn letzterer im Verzuge sich befindet.[31]) Auch hieraus geht hervor, dass die Römer das Erfordernis der culpa nicht kannten, denn die dem Schuldner drohenden, besonders ausbedungenen Nachteile cessieren, wenn die Nichterfüllung auf das Ausbleiben der Mitwirkung des Gläubigers zurückzuführen ist, gleichviel worin diese ihren Grund hat.[32])

Mit kurzen Worten sei noch die Nov. 91 c. 2 erwähnt, die anscheinend den besten Beweis für die gegnerische Meinung erhält. Hier ist die Rede vom Verzuge des Ehemannes hinsichtlich der Annahme der dos, die die Ehefrau anbietet, und Justinian entscheidet, dass der Mann, auch wenn er die dos nicht empfangen hat, verpflichtet sei, die donatio antenuptialis trotzdem zu leisten: etsi dotem propter viro culpam (?) non intulerit. Das Wort culpa giebt aber in diesem Zusammenhange keinen Sinn Nicht wegen Verschuldung ihres Mannes hat die Ehefrau das Heiratsgut nicht eingebracht, davon ist keine Rede, sondern der Mann war die Ursache, die Veranlassung, dass sie es nicht eingebracht hat, und aus diesem Grunde wird ihr die donatio propter nuptias zugesprochen. In der neuesten Textausgabe ist auch das Wort culpam durch causam ersetzt.[33])

Am 1. Januar 1900 wird der Streit sein Ende, wenigstens für die praktische Anwendung des Rechts, erreichen. Das B. G. B. hat das Requisit der culpa für den Gläubigerverzug nicht aufgenommen, sondern lässt diesen immer eintreten, wenn der Gläubiger die ihm angebotene Leistung nicht annimmt.[34]) Im Gegensatz zur mora creditoris nimmt es den Schuldnerverzug nur an, sobald die Leistung infolge eines Umstandes unterbleibt, den der Schuldner zu vertreten hat.[35]) Damit ist deutlich der Gegensatz von Leistungs- und Annahmeverzug im neuen deutschen Recht hervorgehoben, und unserer Ansicht nach im

---

[31]) l. 31 § 1 D. de recept 4,8; l. 9 § 1 D. de usur. 22,1; l. 4 § 4 D. de leg. com. 18,3.

[32]) Mommsen, S. 290, der die Stellen mit seiner Theorie nicht in Einklang bringen kann, sieht hierin wieder eine Ausnahme, und Windscheid setzt sich mit sich selbst in Widerspruch, wenn er im § 285, S. 109 ausspricht: Unverschuldete Unmöglichkeit rechtzeitiger Leistung kommt im Zweifel dem Schuldner nicht zu Gute.

[33]) Corpus iuris civilis, Edit. Schöll 1895.

[34]) B. G. G. § 293; [35]) B. G. B. § 285.

Sinne der alten Römer, die die Differenzierung der beiden Rechtsinstitute schon im Corpus iuris hinreichend dargelegt haben.

Dass das oben entwickelte Princip in dieser Starrheit manche Härte mit sich bringt, ist nicht zu leugnen, und dieser Umstand ist auch den Redaktoren des Gesetzes nicht verschlossen geblieben. Desshalb ist die ergänzende Bestimmung aufgenommen, dass in den Fällen, wo eine Leistungszeit nicht bestimmt oder der Schuldner berechtigt ist vorher zu leisten, der Gläubiger nicht dadurch in Verzug kommt, dass er vorübergehend an der Annahme der Leistung verhindert ist, es sei denn dass der Schuldner ihm eine angemessene Zeit vorher dieselbe angekündigt hat.[36]) Ist nämlich eine Frist nicht bestimmt, so kann der Schuldner jeden Augenblick die Leistung anbieten, ebenso hat im Zweifel die Fristsetzung die Bedeutung, dass sie im Interesse des Schuldners den Gläubiger zwingt, mit seiner Forderung zu warten, den Schuldner aber berechtigt auch vorher zu leisten.[37])

In all diesen Fällen müsste dann der Gläubiger jeden Augenblick zur Annahme bereit sein, um nicht in Verzug zu geraten, was unter Umständen zu Unzuträglichkeiten führen könnte. Man denke z. B. den Fall, dass jemand eine grosse Warenladung zu liefern hätte, und nun der Gläubiger immerfort seinen Speicher bereit halten müsste, um bei plötzlicher Ankunft der Ware dieselbe unterbringen zu können. Ein derartiges Verlangen widerspricht unserem Rechtsgefühl und würde gegen Treu und Glauben verstossen.

Infolgedessen verlangt das Gesetz, dass der Schuldner mit seiner Leistung angemessene Zeit in abwartender Stellung verharre oder durch vorherige Ankündigung dem Gläubiger die Möglichkeit gewähre, die Behinderung zu beseitigen. Freilich darf diese nur eine vorübergehende, keine dauernde sein. Ob und wann dieselbe vorliegt, lässt sich nur unter Erwägung aller Umstände entscheiden. Notwendig ist aber immer, dass der Gläubiger an der Annahme verhindert ist, dass Momente, die nicht in seinem Willen liegen, einen Aufschub der Annahme verursachen. Gleichgültig bleibt es, auf welchen Umständen diese Behinderung beruht, und ob er sie hätte vermeiden können oder nicht; denn er soll eben

---

[36]) B. G. B. § 299.
[37]) B. G. B. § 271.

von dem Zwange, sich immer in Bereitschaft zu halten, befreit werden.[38])

§ 8.

II. Resultat: Begriff und Verhältnis zum Schuldnerverzuge.

Fassen wir das über die Voraussetzungen des Annahmeverzuges Gesagte mit kurzen Worten zusammen, so ergiebt sich: Zur Begründung der mora ist notwendig auf Seiten des Schuldners volle Leistungsbereitschaft und Angebot derselben gegenüber dem Gläubiger, auf Seiten des letzteren Nichtannahme des Angebots. Das gilt sowohl für das gemeine Recht, wie für das bürgerliche Gesetzbuch. Demnach lautet unsere Definition:

Annahmeverzug ist die Nichtannahme der dem Gläubiger angebotenen Leistung.

Hiermit ist gleichzeitig der vielfach behauptete Parallellismus zwischen mora creditoris und debitoris als unberechtigt zurückgewiesen. Dass dem so sei, hat uns schon die Beleuchtung der Stellung von Gläubiger und Schuldner innerhalb des obligatorischen Bandes gelehrt: Steht der Schuldner unter dem Banne der Pflicht, so handelt der Gläubiger nur Kraft seines Rechtes. Nur im Bereiche der Verpflichtung kann von einer Verletzung derselben die Rede sein, und nur hier findet der Massstab von dolus und culpa Anwendung. Das Wesen des Gläubigerverzuges dagegen ist nicht Verletzung eines Rechts, Uebertretung einer Pflicht, sondern der Nichtgebrauch eines dem Gläubiger durch die Fessel der Obligation gebundenen Willens.

So führen wohl mora creditoris und debitoris denselben gemeinsamen Namen, denn das äussere Kennzeichen beider ist die nicht prompte Lösung des obligatorischen Nexus, in ihren Prinzipien aber sind sie entgegengesetzter Natur, in ihren Voraussetzungen und Wirkungen weit verschieden.

---

[38]) Plank, a. a. O. S. 73 zu § 299.

Abschnitt II.

Wirkungen des Annahmeverzuges.

§ 9.

Allgemeines.

Nicht Zerstörung des Schuldverhältnisses, Lösung des Bandes, das Schuldner und Gläubiger an einander knüpft, sondern Verzögerung der Obligation ist die allgemeine Wirkung des Annahmeverzuges. Nicht löst das Gesetz den Nexus, der beide Parteien umspannt, und auch der Schuldner allein ist proprio iure nicht imstande seine völlige Befreiuung herbeizuführen, sofern er nicht durch Klage den Gläubiger zur Annahme zwingen könnte.

Ungerecht aber wäre es, den Schuldner auch jetzt noch die Bürde der Verpflichtung in demselben Masse, wie vorher, tragen zu lassen, wo er von dem besten Willen beseelt ist dieselbe zu erfüllen und sich zu liberieren. Deshalb greift die Rechtsordnung ausgleichend ein und gewährt ihm kraft Gesetzes innerhalb des obligatorischen Ramens Erleichterungen, die seine Haftung möglichst weit herabsetzen und die Gefahr auf den Gläubiger überwälzen. Ja, sie giebt dem Schuldner sogar die Mittel an die Hand, durch Preisgebung, Deposition oder Selbsthülfeverkauf sich der Sache zu entäussern, den Besitz an ihr aufzugeben und den Gläubiger nunmehr unter Hinweis auf die vorgenommene Rechtshandluug zurückzuschlagen. Aufgabe des Besitzes, Beseitigung der am lästigsten fallenden Pflicht der Aufbewahrung ist das Prinzip dieser drei Rechtsinstitute, sodass in facto der Schuldner seiner Verpflichtung ledig wird, solange dieser Zustand dauert, diese aber wieder auf sich nimmt, sobald er den Besitz und die Verfügung über den entäusserten Gegenstand wiedererlangt.

Im folgenden wollen wir die einzelnen Wirkungen des Annahmeverzuges einer genaueren Betrachtung unterziehen.

1. Mittel des Schuldners zur Liberierung.

§ 10.

a. Klage auf Abnahme.

Fragt man nach den Rechtsbehelfen, die dem Schuldner gegen den Gläubiger im Falle des Verzuges zustehen, um dem obligatorischen Nexus zu entraten, so drängt sich zunächst der Gedanke auf, ob der Gläubiger nicht durch Klage zur Mitwirkung an der Erfüllung gezwungen werden könnte. Vom Standpunkte der Lehre, dass die Annahme des Gläubigers ebenso eine Pflicht bedeute, wie die Leistung des Schuldners, ist eine solche Klage sofort gerechtfertigt, sie soll eben dazu dienen, den säumigen Gläubiger zur Erfüllung seiner obligatorischen Pflicht zu zwingen. Dass diese Lehre aber eine irrige ist, haben wir bereits ausführlich erörtert.

Es ist doch aber zu erwägen, ob nicht unter Durchbrechung des Prinzipes aus praktischen Gründen bei gewissen Geschäften, z. B. beim Kauf, das Interesse des Schuldners an der Abnahme ein so erhebliches sein kann, dass dieses durch Klage zu schützen sei. Die Quellenstelle, aus der man eine solche Klage beim Kaufvertrage abzuleiten suchte, ist l. 9 D. de act. anti 19,1: Si is, qui lapides ex fundo emerit, tollere eos nolit, ex vendito agi posse, ut eos tollat. Bei dem knappen Wortlaut der Stelle ist es begreiflich, dass die Auffassungen sehr geteilt sind.[1])

Goldschmidt und Schmidt[2]) erkennen auf Grund dieser Stelle eine allgemeine Annahmepflicht an, indem sie anführen, dieselbe sei ursprünglich ausdrücklich in den Vertrag aufgenommen worden und schliesslich habe sie sich von selbst verstanden, welchen Moment Pomponius fixiert habe.

Hirsch[3]) nähert sich dieser Ansicht, indem er als Einrede nur die exceptio doli generalis zulässt, deren Geltung er für das heutige Recht mit Dernburg[4]) annimmt.

Sintenis und das Reichsgericht[5]) geben der Klage nur dann statt, wenn der Schuldner (Verkäufer) ein besonderes Interesse an der Abnahme nachweist.

---

[1]) Ausführliche Litteraturangaben bei Schmidt, Wirkungen der mor. acc. S. 30 ff.

[2]) Goldschmidt, in seiner Zeitschrift. B. 30, S. 58; Schmidt, S. 32.

[3]) Hirsch, S. 193.

[4]) Dernburg, I., S. 328.

[5]) Sintenis, II, § 116, No. 49; R. G. B. V, S. 393, XXX, S. 118.

Dernburg[6]) modifiziert wieder diese Lehre, indem er ausführt, dass dem Käufer die Verpflichtung nicht obliegt, wenn zur Zeit des Vertragsabschlusses ein Interesse an der Abnahme nicht voraussehbar war.

Barkhausen,[7]) der zu vermitteln sucht, schwächt diesen Gedanken der Interessentheorie ab zu der Anschauung, dass das allgemeine Interesse an der Klage genüge, und kommt damit der Ansicht von Hirsch sehr nahe.

Indessen diese Theorie von der Berücksichtigung des allgemeinen oder des besonderen Interesses ist von vornherein zurückzuweisen.

Mit Recht betont Kohler,[8]) dass hierin eine einseitige Berücksichtigung des Verkäufers liege, wobei das Interesse des anderen ganz übersehen werde, das doch entgegengesetzter Natur sein kann. Zudem ist die Scheidung von allgemeinem und besonderem Interesse praktisch nicht brauchbar, weil sie die notwendige Bestimmtheit vermissen lässt: Ein allgemeines Interesse hat schliesslich jeder, der eine Klage anstrengt, wenn wir von den Fällen der chikanösen Strafverfolgung absehen; wann aber ein besonderes Interesse vorliegt, von welchen Grundsätzen dasselbe beherrscht sein muss, ist schwer zu entscheiden und nachzuweisen, und auch das Reichsgericht giebt auf die Frage, wie denn ein solch besonderes Interesse nachweisbar sei, keine Antwort.

Gehen wir zur Interpretation der lex cit. zurück, so wird unserer Ansicht nach in dieser Stelle von Abnahme im Sinne des Erfüllungsrechts garnicht geredet, sondern nur von der Verpflichtung des Schuldners, »lapides tollere, die Steine wegzuschaffen.« Unter Umständen kann freilich in dem Wegschaffen der Steine eine Abnahme gefunden werden, notwendig ist das aber nicht, man denke an den Fall, dass der Käufer, ein Händler, die Steine vom Lagerplatz aus sofort weiter verkauft, in welchem Falle auch eine Abnahme stattgefunden hat. Wir müssen deshalb für unsere Stelle eine besondere Verpflichtung des Käufers zur Abnahme annehmen, deren Entstehungsgrund durch die Worte si quis lapides emerit dargethan wird. Und nun betont der Jurist, dass diese an das Kaufgeschäft sich anschliessende Nebenverpflichtung

[6]) Dernburg, II, S. 265.

[7]) Barkhausen, in Goldsch. Zeitschr. B. XXX, S. 30—58.

[8]) Kohler, im Arch. f. bürgerl. Recht, S. 177.

mit der Kaufklage verfolgt werden könnte. Der Ton liegt also nicht auf dem agi posse, sondern auf ex vendito, welches Resultat auch in anderen Stellen bezeugt und allgemein anerkannt ist.[9])

Auf Grund dieser Stelle lässt sich also für das gemeine Recht eine Abnahmepflicht nicht herleiten. Trotzdem hat in Anknüpfung an die l. 9 cit. und unter dem Einflusse der Anschauung, dass durch dieselbe für den Kauf eine Abnahmepflicht des Käufers statuiert sei, die Praxis vielfach eine solche Klage zugelassen, und dem entsprechend hat auch in den neueren Kodifikationen des Civilrechts diese Auffassung Ausdruck gefunden.[10])

So heisst es auch im B. G. B. bei der Lehre vom Kauf- und Werkvertrag, der Käufer bezw. Besteller sei verpflichtet die Sache oder das Werk abzunehmen.[11])

Kohler[12]) leugnet aber auch hier die Pflicht zur Abnahme. Niemals könne dem Gläubiger die Befugnis genommen werden, auf sein Recht zu verzichten. Es seien aber Fälle denkbar, bei denen der Gläubiger weder abnimmt, noch verzichtet und auch die Rechtsbehelfe nicht ausreichen, sodass dann der Schuldner durch den Verzug über Gebühr obligiert werde. Hier könne der Schuldner, um seine Liberierung zu bewirken, durch Klage feststellen lassen, dass der Gläubiger das Gut als abgenommen erkläre, oder sich so behandeln lassen müsse, als habe er abgenommen. Der Charakter der Klage sei also niemals der einer Erfüllungsklage, sondern sei auf Feststellung, dass durch den Verzug die Obligation als erfüllt gelte, gerichtet.

Dass diese Auslegung in striktem Widerspruch mit dem Wortlaute des Gesetzes steht, leuchtet ohne weiteres ein und bedarf keiner Widerlegung. Das Gesetz spricht einmal von einer Abnahmepflicht, und wir müssen das Wesen derselben zu erforschen suchen.

Plank[13]) führt unter Bezugnahme auf die Motive und die Verhandlungen der Gesetzgebungs-Kommission aus, der Begriff »Abnahme« sei in verschiedener Bedeutung beim Kaufe und

[9]) l. 79 D. de contra. emti. 18,1; l. 21 § 4 D. de act. emt. 19,1; l. 6 § 1 und 2 eod; l. 19 (18) pr. D. de periculo 18,6.

[10]) A. L. R. I, 11 § 215; östr. B. G. B. Art. 260.

[11]) B. G. B. §§ 433, 640.

[12]) Kohler, im Arch. für bürgerl. Recht, S. 241.

[13]) Plank, a. a. O. Heft 4, S. 379.

Werkvertrage angewendet. Im § 433 sei nur die thatsächliche Wegnahme, im § 640 dagegen die Abnahme als Erfüllung gemeint. Dem kann aber nicht beigetreten werden. Wenn in dem einen Falle nur von der Abnahmepflicht der verkauften Sache, in dem anderen dagegen des vertragsmässig hergestellten Werkes die Rede ist, auf welche technische Verschiedenheit Plank seine Meinung gründet, so ist die Konsequenz dieser Auffassung die, dass der Käufer in jedem Falle, auch wenn die Sache absolut nicht vertragsmässig ist und die gröbsten Mängel aufweist, verpflichtet ist dieselbe abzunehmen und in seinen Gewahrsam zu bringen. Das Gesetz würde also in jedem Falle den Gläubiger zum Depositar machen, der für die Aufbewahrung der Sache Sorge zu treffen und mit der Diligenz eines Depositars einzustehen hat, während das H. G. B. nur im Verkehr unter Kaufleuten und nur bei Distanzgeschäften eine derartige Aufbewahrungspflicht statuiert,[14]) wenn die Ware bereits übersendet und in den Gewahrsam des Käufers gelangt ist. Ist dieses noch nicht geschehen, so kann der Käufer die mangelhafte Ware immer zurückweisen, sodass sich die von Plank versuchte Unterscheidung als hinfällig erweist. Und diese Abnahme kann sowohl beim Kaufe, wie beim Werkvertrage nur Abnahme im Sinne des Erfüllungsrechts sein, was sich auch aus dem Wortlaute des citierten Paragraphen des H. G. B. herleiten lässt, der ausdrücklich von der besonderen Verpflichtung zur »Aufbewahrung« spricht.

Bei dieser scharfen Durchbrechung des Prinzipes, dass der Gläubiger regelmässig zur Abnahme nicht gezwungen werden kann, ist restriktive Interpretation der Bestimmungen des B. G. B. geboten. Demnach sind die Vorschriften nicht als Dispositivvorschriften, als ergänzende Normen der lex contractus, sondern als Auslegungsregeln aufzufassen. Lag es bei Abschluss des Vertrages in den Intentionen der Parteien, dass auch der Käufer die Sache abnehmen solle, so ist die Klage zu gewähren. Ein späteres Interesse des Schuldners an der Abnahme kann nicht in Betracht kommen, da sich doch die Situation bedeutend verschoben haben kann.[15])

---

[14]) H. G. B. § 379.

[15]) Ebenso Dernburg, in seinem Preussischen Privatrecht, II, S. 413 bez. des § 215, I, 11, A. L. R.

§ 11.

b. Preisgebung des Leistungsgegenstandes.

Lag, wie oben erwähnt, die Frage nahe, ob nicht der Schuldner durch Klage die Abnahme der Leistung erzwingen könnte, so tritt uns vom entgegengesetzten Standpunkte der Gedanke entgegen, ob nicht im Falle des Verzuges der Schuldner befugt ist, sich der geschuldeten Sache ohne weiteres zu entledigen, sich von ihr zu befreien, sie preiszugeben.

Zum Beweise dieses Rechtes hat man sich vorwiegend auf folgende Pandektenstellen berufen:

l. 13 D. de peric. 18,6 (Paulus): Lectos emptos aedilis, cum in via publica positi essent, concidit: si traditi essent emptori: aut per eum stetisset, quominus traderentur, emptoris periculum esse placet,

l. 14 D eod. (Julianus): eumque cum aedili, si id non iure fecisset, habiturum actionem legis Aquiliae: aut certe cum venditore ex empto agendum esse, ut is actiones suas, quas cum aedile habuisset, ei praestaret.

l. 15 D eod. (Paulus): Quod si neque traditi essent, neque emptor in mora fuisset, quominus traderentur, venditoris periculum erit.

Kohler und ihm folgend Mommsen und Hirsch[1]) finden in dieser Stelle eine Anwendung des Preisgebungsrechts, Schey, Ulrich und Schmidt[2]) bestreiten dies, supponieren aber für den Vordersatz der l. 13 cit. eine culpa levis, um die übrigen Resultate der Stelle zu rechtfertigen. Allein alle diese Erklärungen, deren eingehende Beleuchtung hier zu weit führen würde, lassen uns unbefriedigt, sie greifen zu willkürlichen Ergänzungen, die in dieser Stelle keinen Raum finden, um ein mit den sonstigen Rechtsregeln in Einklang stehendes Resultat zu gewinnen.

Fassen wir zunächst die Struktur der l. cit. ins Auge, so ergiebt sich sofort, dass die l. 13 und l. 15 cit. im innigsten Zusammenhange stehen, mit einander korrespondieren, indem, anknüpfend an den Fall des Unterganges einer gekauften Sache, die Frage erörtert wird, auf wessen Gefahr dies geschieht, und

[1]) Kohler in Jher. Jahrb. S. 288 ff.; Mommsen, a. a. O. S. 310; Hirsch, a. a. O. S. 20 ff.

[2]) Schey, a. a. O. S. 30 ff.; Ulrich, a. a. O. S. 80—82; Schmidt, a. a. O. S. 7 ff. siehe dort auch weitere Litteraturnachweise.

die Entscheidung von der Vorfrage abhängig gemacht wird, ob die Sachen bereits tradiert waren oder nicht.

Danach erscheint der Inhalt des ersten Satzes in l. 13 cit. als ein vom Juristen angezogenes Beispiel: Gekaufte Betten standen auf der Strasse und wurden vom Aedil, der die Polizei ausübt, zerstört; quaeritur, wer trägt die Gefahr?

Ist die Tradition bereits erfolgt oder, was dem gleichsteht, der Käufer die Veranlassung, dass sie noch nicht erfolgt ist, also im Verzuge der Annahme befindlich, dann hat letzterer die Gefahr zu übernehmen (l. 13), ist aber das Unglück vor der Tradition passiert, so trägt die Gefahr der Verkäufer (l. 15).

Die Stelle sagt also mit dürren Worten, dass erst Tradition den Uebergang der Gefahr bewirkt, behandelt also den Genuskauf.[2a])

Nun wirft Julian, die Entscheidung in l. 13 cit. kommentierend, die Frage auf, mit welchen Rechtsmitteln der Käufer an dem Aedil Regress nehmen könnte, wenn dieser unrechtmässig gehandelt, und giebt hierauf im engen Anschluss an den Wortlaut der l. 13 die Antwort in l. 14 cit.: Ist die Tradition erfolgt, der Käufer also auch Eigentümer geworden, so steht ihm die actio legis Aquiliae zu, ist die Tradition aber noch nicht erfolgt, sein Recht auf die Sache also nur obligatorischer Natur und ohne dingliche Grundlage, dann kann er die Cession der Klage mit der Kontraktsklage verlangen und dann mit der actio cessa seine Rechte geltend machen.

Die l. 13 Satz 2 und l. 14 cit. sind in ihrem Aufbau vollständig korrespondent, dem »aut« in l. 13 entspricht das »aut« in l. 14, das »certe« ist zur Bekräftigung hinzugefügt.[3]) [4])

Unser Resultat ist also von vornherein ganz negativ; wohl aber können wir folgende, für unsere Abhandlung wichtige Deduktion aus der Stelle ableiten, da ihre Entscheidung auf allgemeinen Prinzipien beruht: So lange dem Käufer die Sache noch nicht übergeben ist, beziehungsweise er sie nicht angenommen hat, entbehrt er des dinglichen Rechts auf die Sache und der dinglichen Klage, seine Beziehungen sind nur obligatorischer Natur. Daraus folgt, dass bis zu diesem Moment, beziehungs-

[2a]) Jhering, in seinen Jahrb. Bd. IV, S. 415 ff. cit. bei Kohler a. a. O. S. 289.

[3]) Schmidt, S. 9.

[4]) a. M. Kohler, a. a. O.

weise bis zur Tilgung der Obligation das dingliche Recht beim Verkäufer bleibt, dass aber der Käufer im Wege der Klagecession die dingliche Klage erhalten und dingliche Ansprüche geltend machen kann.

Bewiesen wird das Preisgebungsrecht durch l. 1 §§ 3, 4 D. de peric. 18,6; daneben kommt noch l. 8 D. de tritico 33,6 in Betracht. Nach der ersten Stelle ist es dem Verkäufer gestattet, den Wein auszugiessen, wenn ein bestimmter Tag zu Zumessen bestimmt ist und der Käufer hierzu nicht erscheint. Es liegt also Annahmeverzug vor und die Anwendung des Preisgebungsrechts. Dem gegenüber sagt aber die l. 8 D. cit.: periculose facturum, si id vinum effundet. Madai[5]) sieht infolge des scharfen Widerspruches, der sich zwischen beiden Stellen findet, in der Bestimmung der l. 1 D. cit. nur eine Singularität des Weinverkaufes auf Grund der l. 8 D. cit. leugnet er überhaupt eine allgemeine Anwendung des Preisgebungsrechts.

Auch Mommsen[6]) verzweifelt an der Lösung des Widerspruchs, der aber durch die historische Entwickelung erklärlich wird.

Legen wir l. 1 § 4 D. cit. zu Grunde, so ist hier das Preisgebungsrecht als ein altes Recht schrankenlos anerkannt, wie es sich bei den Römern im Beginne ihrer Kultur herausgebildet hatte, und wie wir es auch im deutschen Rechte finden.[7])

Allein auch den Römern wurde es frühzeitig klar, dass eine so rücksichtslose Behandlung wirtschaftlich nachteilig und für den Gläubiger allzu schädlich sei. Mit dem Gedanken, ut quam minime detrimento sit emptori, war ein solches Recht unvereinbar. So machte sich eine Strömung gegen das Recht geltend, die wir im Corpus juris wiederfinden, ohne es jedoch vollständig zu beseitigen. Demnach heisst es in l. 1 § 3 cit.: laudandus est, si non effudit, er ist ein Ehrenmann,[8]) wenn er es nicht thut, es giebt ja andere Mittel, die zu demselben Ziele führen, und in jedem Falle muss der Schuldner den Käufer vorher warnen.

Und Pomponius geht in der l. 8 D. cit. noch einen Schritt

---

[5]) Madai, a. a. O. S. 469—471.

[6]) Mommsen, a. a. O. S. 310 ff.

[7]) Vergl. Kohler, a. a. O. S. 290—298.

[8]) Kohler, a. a. O. S. 338.

weiter. Er warnt vor der Anwendung, indem er sie als periculose bezeichnet; denn nur mit äusserster Vorsicht sei es zu gebrauchen und gegebenen Falls könne es auch dem Schuldner zum Schaden gereichen.

In dieser Beschaffenheit ist das Preisgebungsrecht in das gemeine Recht übergegangen und erscheint hier als ein nur im Notfalle anzuwendender Behelf, dessen Gebrauch möglichst beschränkt stattfinden soll.[9])

Ueber die rechtliche Natur der Preisgebung herrscht Streit. Kohler fasst dieselbe als Traditionsofferte auf;[10]) der Gläubiger mache den Versuch zu leisten, indem er durch Aussetzung die Sache gleichsam offeriere, und dieser Versuch stehe der Erfüllung gleich, sei ein Erfüllungssurrogat.

Allein das »effundere vinum,« das gerade die Quellen anführen, als eine Traditionsofferte auffassen, erscheint etwas gekünstelt, denn hierin liegt, wie Kohler selbst zugiebt,[11]) eine »Substanzvernichtung,« und wenn er dies auf die physikalische Natur der Sache zurückführt, so ist um so eher anzunehmen, dass die Alten hierbei an eine Offerte nicht gedacht haben.[12])

Schmidt[13]) sieht in der Preisgebung eine Dereliktion, eine Aufgabe des Eigentums durch den Eigentümer. Nimmt man aber ein Recht der Preisgebung als Rechtsbehelf des Schuldners bei Annahmeverzug an, so kann man es nicht abhängig machen von den rechtlichen Beziehungen, in denen der Schuldner zur Sache steht, sondern muss es für alle Sachleistungen in gleicher Weise zulassen. Nach der Auffassung von Schmidt würde es nur dem Eigentümer zustehen, dem Kommodator oder Mieter aber nicht. Von dem Rechtsverhältnis des Schuldners zu dem Gegenstande ist das Preisgebungsrecht aber ganz unabhängig. Und mit Schmidt käme man zu der Consequenz, dass der Schuldner, wenn er die Sache wiedererlange, sie nicht mehr zu leisten brauche, da er ja mit Wirksamkeit gegen den Gläubiger sein Eigentum aufgegeben habe und nunmehr von neuem Eigentümer werde, ferner, dass, wenn der Gläubiger sie erlange, er sie im Wege der

[9]) Dernburg, II, S. 120; Windscheid, II, S. 315.

[10]) Kohler, a. a. O. S. 287, 312.

[11]) Kohler, S. 298.

[12]) Hirsch, a. a. O. S. 31.

[13]) Schmidt, a. a. O. S. 12, ebenso Dernburg, S. 120. u. a.

Occupation durch originären Erwerb erhalten würde, nicht in Erfüllung der Obligation.

Unserer Ansicht nach erfüllt die Preisgebung den Zweck, ne infinitam custodiam debeat venditor, sie ist ihrem Wesen nach Aufgabe des Gewahrsams, Befreiuung von der custodia-Pflicht.[14]) Als solche kann sie in allen Fällen der Sachleistung zur Anwendung kommen.

Die Aufgabe des Besitzes hemmt den Anspruch gegen den Schuldner, ohne eine Tilgung der Obligation herbeizuführen, sondern dieselbe äussert ihre ursprüngliche Kraft, sobald die Sache wieder in die Herrschaft des Schuldners zurückkehrt. Erst durch Untergang oder Uebergang des Besitzes an den Gläubiger tritt die Auflösung des Schuldverhältnisses ein.

Die hier vertretene Theorie hat ihre Anwendung im B. G. B. gefunden, das die Preisgebung nur bei Immobilien gestattet, wenn der Schuldner zur Herausgabe des Besitzes des Grundstücks verpflichtet ist. In diesem Falle ist er nach dem Eintritt des Verzuges berechtigt den Besitz aufzugeben.[15]) Durch diese Massnahme befreit sich der Schuldner von der ihm obliegenden Bewahrungspflicht, nicht aber von seiner Verbindlichkeit zur Herausgabe des Grundstücks. Nur eine Hemmung und Kraftlosigkeit dieses Anspruchs gegen ihn findet statt. Eine Befreiung von seiner Verpflichtung erlangt der Schuldner erst, wenn der Besitz auf den Gläubiger übergegangen ist, und umgekehrt blüht die alte Obligation wieder in neuer Kraft, wenn der Schuldner den Besitz, gleichviel auf welchem Wege, zurückerlangt.

Alle sonstigen Verpflichtungen des Schuldners bleiben unberührt, insbesondere ist er nicht berechtigt, das Eigentum an dem Grundstücke aufzugeben, wenn er zu dessen Uebertragung verbunden ist.[16]) Deshalb kann der Gläubiger, auch wenn er von dem Schuldner nach Aufgabe des Besitzes die Uebertragung desselben nicht mehr verlangen kann, doch jederzeit die Uebertragung des Eigentums durch Klage erzwingen. Hat er dann gemäss § 894 C. P. O. seine Eintragung als Eigentümer im Grundbuche erlangt, so kann er mit der rei vindicatio von dem derzeitigen Besitzer des Grundstücks die Herausgabe verlangen.[17])

[14]) Schey, a. a. O. S. 32; l. 4 § 2 D. de peri. 18,6.

[15]) B. G. B. § 303.

[16]) Plank, a. a. O. Heft 3, S. 76 zu § 303.

[17]) B. G. B. § 985.

§ 12.

c. Deposition.

Gegenüber der den Gläubiger so schwer schädigenden Preisgebung und mit dem Eindringen des Gedankens der bona fides in den Verkehr entwickelte sich als Rechtsbehelf des Schuldners die Deposition. Es drang dabei einmal die Anschauung durch, dass bei der Hinterlegung eine Vernichtung der Substanz oder ein völliger Verlust der Sache fast ausgeschlossen war, andererseits das Ziel, die Befreiung von der custodia-Pflicht, in dem erwünschten Masse erreicht wurde. Von demselben Gesichtspunkte wie die Preisgebung sich entwickelnd, aber vermöge des ihr innewohnenden grösseren wirtschaftlichen Vorteils zu der künftigen Bedeutung prädestiniert, ist die Deposition der eigentliche Rechtsbehelf im Falle des Annahmeverzuges geworden, der mit der fortschreitenden Anerkennung von Treu und Glauben im Verkehr und der grösser werdenden Sicherheit der Deposition die Kraft in sich trug, das Recht der Preisgebung auf das Minimum zurückzuschrauben, wie wir es heute finden.[1])

Die Quellen sprechen in einer Reihe von Stellen von einem deponere, ohne den Ort genauer zu bezeichnen,[2]) was sich damit erklären lässt, dass die Absonderung aus der Vermögenssphäre, die Beseitigung der Aufbewahrung der Zweck des Institutes war, und es auf den Ort der Deposition nicht ankam.[3])

Daneben entwickelte sich die öffentliche Deposition, die infolge der grösseren Sicherheit, die sie bot, bald in den Vordergrund trat und auch notwendig geworden war, um die häufig eintretenden Schwierigkeiten der Hinterlegung zu beseitigen. So erwähnt Ulpian die Deposition in tuto loco, apud officium, in (apud) aedem,[4]) Papinian spricht allgemein von publice deponere,[5]) African erwähnt die depositio apud nummularium.[6])

---

[1]) Kohler, a. a. O. S. 304 ff.

[2]) l. 8 D. de leg. com. 18,3; l. 1 § 3 l. 41 § 1 de usur. 22,1; l. 2 C. de usur. 4,32; l. 9 C. de sol. 8,43.

[3]) Ob auch Deposition bei sich selbst möglich war, fällt, als nur von historischer Bedeutung, aus dem Ramen unserer Abhandlung.

[4]) l. 28 § 1 D. de admin. 26,7; l. 7 § 2 D. de min. 4,4; l. 5 § 2, l. 1 § 36. depos. 16,3; l. 7 § 2 D. qui satis. 2,8; l. 11 § 1 D. ad exhib. 10,4.

[5]) l. 56 § 1 D. mand. 17,1.

[6]) l. 39 pr. D. de solut. 46,3.

In der l. 19 C. de usur. 4,32 verlangt Kaiser Diocletian eine Deposition in publico und definiert: publicum intellegi oportet vel sacratissimas aedes, vel ubi competens index super ea re aditus deponi eas disposuerit. Den Charakter einer öffentlichen Deposition soll also die Hinterlegung haben, die im Heiligtume geschieht oder an dem Orte, den der zuständige Richter hierfür bestimmt hat, wobei wahrscheinlich die Magazine zur Anwendung kamen die Alexander Severus errichten liess.[7]) Justinian fügt noch eine solche in cimeliarchio sanctae ecclesiae hinzu.[8])

Gemeinrechtlich hat die Hinterlegung bei Gericht, und zwar bei demjenigen, welches für den Erfüllungsort zuständig ist, zu erfolgen.[9]) Durch die neuere Gesetzgebung sind vielfach besondere Organe für die Deposition, die Hinterlegungsstellen, ins Leben gerufen worden, wie dies in Preussen geschehen ist,[10]) und den Gerichten ist nur eine vorläufige Verwahrung überlassen.

Auch das B. G. B. setzt die Existenz von Hinterlegungsstellen voraus, deren Errichtung den Bundesstaaten obliegt,[11]) überlässt aber die Bestimmungen über die nähere Ausgestaltung dieser Institute, insbesondere ihre innere Einrichtung, örtliche und sachliche Zuständigkeit der Landesgesetzgebung.[12]) Die Deposition selbst hat bei der Hinterlegungsstelle des Erfüllungsorts der Obligation zu erfolgen. Die Nichtbeachtung dieser Vorschrift macht zwar das Geschäft nicht unwirksam, verpflichtet jedoch den Deponenten den dem Gläubiger hierdurch entstehenden Schaden zu ersetzen.

Gegenstand der Deposition sind nach gemeinem Recht alle beweglichen Sachen, insoweit eine Verwahrung überhaupt möglich ist, während bei Immobilien Sequestration eintritt.[13]) [14]) Mit Rücksicht auf die Beschaffenheit der modernen Hinterlegungsstellen ist durch das B. G. B. nur die Deposition von Geld, Wert-

---

[7]) l. 9 C. de pign act. 4,24.

[8]) l. 10 § 2 C. de bon. auct. 7,72; l. 20 §§ 1, 2 C. de agric. 11,48.

[9]) Windscheid, § 347, Anm. 2; Dernburg, § 61, Anm. 7; l. 9 C. de nov. et deleg. 8,42: quo debetur solutio.

[10]) Hinterlegungsordnung vom 14. März 1879.

[11]) B. G. B. § 374; E. G. zum B. G. B. Art. 144.

[12]) E. G. zum B. G. B. Art. 144 und 145.

[13]) Dernburg, II, § 61; l. 4 § 3 l. 5 D. fam. ercis. 10,2; l. 1 §§ 36, 37 l 5 § 2 D. depos. 16,3; l. 6 (5) D. ad leg. Jul. 48,13; Nov. 91 c. 2.

[14]) a. M. Kohler, S. 344, der Aussetzung fordert.

papieren und sonstigen Urkunden, sowie Kostbarkeiten zugelassen, indessen steht es der Landesgesetzgebung frei, den Kreis der der Hinterlegung fähigen Gegenstände nach Belieben zu erweitern.[15])

Die Quellen stellen noch als besonderes Erfordernis die obsignatio, Versiegelung, des zu deponierenden Gegenstandes auf, wodurch jedenfalls die Auscheidung deutlich manifestiert werden sollte.[16])

Schmidt[17]) meint dagegen, die obsignatio sei bei öffentlicher Deposition nicht unbedingt notwendig gewesen; das Wort obsignare oder consignare habe hier die Bedeutung der Beurkundung, es sei vielleicht eine Bescheinigung über die erfolgte Deposition ausgestellt worden. Dagegen spricht aber die Wendung »deponere consignatam,« wie in l. 4 pr. D. de statuliberis 40,7, woraus hervorgeht, dass das consignare dem deponere zeitlich vorangeht, während es doch nach der Deutung von Schmidt später erfolgt und demnach die Wendung depositam consignare lauten müsste, und besonders der Wortlaut der l. 9. C. de sol. 8, 43: Obsignatione totius debitae pecuniae solemniter facta liberationem contingere manifestum est. Hier ist von öffentlicher Deposition die Rede, und das Wort obsignatio wird synonym mit depositio gebraucht, was einmal beweist, dass es eine Beurkundung nicht bedeuten kann, sondern eine Siegelung, die unbedingt mit der Deposition verbunden sein musste.

In der gemeinrechtlichen Praxis hat man das Requisit der Siegelung, weil zwecklos geworden, fallen lassen,[18]) ebenso ist die in den Quellen öfters erwähnte Zuziehung von Zeugen nicht recipiert.[19])

Auch eine nachfolgende denuntiatio ist für das gemeine Recht nicht für erforderlich zu erachten, weil aus den Quellen eine feste Regel nicht zu ersehen ist.[20])

Das B. G. B. verlangt dagegen eine Benachrichtigung an den Gläubiger und verpflichtet den Deponenten zum Schadensersatz im Falle der Unterlassung, ohne dadurch die Wirksamkeit der

[15]) B. G. B. § 372; E. G. zum B. G. B. Art. 146.

[16]) l. 1 § 3 l. 7 D. de usur. 22, 1; l. 28 § 1 D. de admin. 26,7; l. 6 C. de usur. 4,32; l. 7 C. de pact. 4,54.

[17]) Schmidt, a. a. O. S. 25.

[18]) Schmidt, a. a. O. S. 27 und dort Citierte.

[19]) l. 8 D. de leg. com. 18,3; l. 11 § 5 D. locati. 19,2.

[20]) Ulrich, a. a. O. S. 38.

Hinterlegung zu beeinträchtigen.[21]) Die Nachricht muss unverzüglich, d. h. ohne schuldhaftes Zögern[22]) dem Gläubiger zugehen, kann aber unterbleiben, wenn sie unthunlich, d. h. mit unverhältnismässigen Schwierigkeiten und Kosten verknüpft ist.[23])

Sonstige Vorschriften stellt das B. G. B. nicht auf, sondern überlässt diese der Landesgesetzgebung, bestimmt aber, dass die Hinterlegung niemals von einer gerichtlichen Anordnung abhängig gemacht werden darf.[24])

Gehen wir nunmehr zur Betrachtung der aus der Deposition sich ergebenden Rechtsverhältnisse über, so ergiebt sich zunächst dasselbe Resultat, wie bei der Preisgebung. Der Schuldner hat, um sich der ihm obliegenden custodia-Pflicht zu entledigen, die Sache nicht an die Luft gesetzt, sondern in Verwahrung gegeben und ist dadurch in ein Vertragsverhältnis mit dem Depositar getreten. Er behält sein Eigentum an der Sache und infolgedessen die Befugnis, dieselbe jeder Zeit wieder an sich zu nehmen.

Der Gläubiger bleibt durch diese Massnahmen unberührt, er tritt zu dem Depositar in keinerlei rechtliche Beziehungen, was deutlich aus der l. 7. D. de usur. 22,1. hervorgeht, die von diesem Gesichtspunkte aus eine einfache und klare Erklärung findet, kann infolgedessen auch kein selbständiges Recht gegen den Depositar geltend machen, sondern nur vom Schuldner die Cession der Klage verlangen, wie wir das bereits bei der Erörterung der l. 14 D. de periculo 18,6 gesehen haben.

Nun that die Römische Jurisprudenz einen weiteren Schritt zum Ausbau dieser Stellung des Gläubigers, wozu die sich hier bietende Möglichkeit, die Sache leicht zu erlangen, drängte. Diese finden wir in l. 19 C. de usur. 4,32 dokumentiert: Creditor, scilicet actione utili ad exactionem earum non adversus debitorem, nisi forte eas receperit, sed contra depositarium vel ipsas competente pecunias. Der Gläubiger bedarf keiner Cession der Klage mehr, um die Sache zu erlangen, er erwirbt mit erfolgter Deposition bereits ein selbständiges Recht auf die Sache, und dieses ist dinglicher Natur, sofern der Gläubiger nicht schon vorher Eigentümer war. Die Klage geht gegen den Depositar oder gegen jeden

---

[21]) B. G. B. § 374.
[22]) B. G. B. § 121.
[23]) Plank, a. a. O. S. 157 zu § 374.
[24]) E. G. zum B. G. B. Art. 145 Abs. 2.

Dritten, der sich in den Besitz des Objekts gesetzt hat. So lange die Deposition währt, ist natürlich die Klage gegen den Schuldner sistiert, er kann abwehrend auf den Depositar verweisen. Damit ist aber das Eigentum des Schuldners keineswegs erloschen, sondern es lebt fort und äussert sich besonders in dem Rechte des Schuldners, den deponierten Gegenstand wieder zurückzunehmen. Macht aber der Schuldner von diesem Rechte Gebrauch, dann gewinnt der Anspruch gegen den Schuldner wieder neue Kraft, und der Gläubiger kann ihn direkt gegen ihn zur Geltung bringen.

Wie dieses eigenartige Verhältnis juristisch zu konstruieren sei, ist eine delikate und arg bestrittene Frage. Erscheint es doch seltsam, dass die Römer, die Meister logischer Konsequenz, hier das Prinzip durchbrochen haben, dass erst durch Tradition oder Sachherrschaft ein dingliches Recht begründet werde, und dazu noch im Gegensatz zu einem bereits bestehenden und fortwirkenden dinglichen Rechte.

Abzulehnen ist jedenfalls der Gedanke, als sei der Deponent als negotiorum gestor oder mandatarius des Gläubigers aufzufassen und daraus dessen Recht herzuleiten.[25]) Denn der Schuldner handelt einmal in eigenem Interesse und auch für den Gläubiger, nicht aber an Stelle desselben.[26]) Depone, ut cursus legitimarum usurarum inhibeatur, heisst es in der l. 19 C. cit.

Unger[27]) sieht in der Klage des Gläubigers nur den Reflex des eigenen Interesses des Schuldners, und ähnlich denkt Czyhlarz,[28]) wenn er die Klage aus dem Willen des Deponenten, aus der lex depositionis, herzuleiten sucht.

Allein damit ist noch nicht das Wesen der Klage erfasst, ja es erscheint sogar als Widerspruch, wenn Czyhlarz die Klage eine selbständige an anderer Stelle nennt und sie andererseits von dem Willen des Schuldners vollständig abhängig macht.

Ulrich[29]) findet in dem Verwahrungsvertrage ein fingiertes Cessionsanerbieten an den Gläubiger, der durch denuntiatio — nach der Lehre Windscheids — an den gemeinsamen Schuldner

---

[25]) Savigny, System, B. IV, S. 285.
[26]) Unger, in Jher. Jahrb. B. X, S. 49.
[27]) Unger, a. a. O.
[28]) Czyhlarz, in Grünh. Zeitschrift B. VI, S. 672 ff.; 683, Anm. 55.
[29]) Ulrich, a. a. O. S. 48 ff.

den Deponenten, seinen Anspruch ergreife und für sich in Sicherheit bringe. Allein mit dem »Anerbieten« steht doch in Widerspruch, dass die Klage sofort mit Abschluss des Vertrages gegeben ist, und die »Ergreifung des Anspruches« beziehungsweise die Erhebung der Klage ist bereits Ausübung dieses Anspruches, wie denn die Klage überhaupt nicht rechtsbegründender, sondern rechtsverfolgender Natur ist.[30])

Mit Dernburg und Kohler[31]) ist anzunehmen, dass hier ein Vertrag zu Gunsten Dritter vorliegt. Ist auch für das gemeine Recht die Frage heftig bestritten, unter welchen Voraussetzungen derartige Verträge Rechtsbeständigkeit erlangen, so geht doch die allgemeine Rechtsentwickelung dahin, Verträge zu Gunsten Dritter allgemein für gültig zu erklären, dem Dritten ein selbständiges Klagerecht zu gewähren, sofern dies durch den Vertrag bezweckt war.[32])

Dass der Schuldner in unserem Falle auch in eigenem Interesse handelt, steht nicht in Widerspruch. Denn wenn auch das Motiv des Verwahrungsvertrages Befreiung des Schuldners ist, so weist doch gerade diese Art der Befreiung darauf hin, dass sie dem Gläubiger die Sache zuführen, ihm also etwas zuwenden soll.

Allein das Recht auf die deponierte Sache, das der Gläubiger durch dieses pactum in favorem tertii erhält, ist nicht schrankenlos, sondern eingeengt durch das Recht des Schuldners das Depositum wieder an sich zu nehmen. Nur solange die geschuldete Sache thatsächlich hinterlegt ist, bleibt das Recht des Gläubigers existent; hört die Deposition auf, so erlischt es. Das Recht des Gläubigers ist also bedingt durch die Nichtausübung des Rücknahmerechts des Schuldners. Die Bedingung ist demnach auflösender Natur, eine condicio resolutiva. Andererseits hängt aber auch dieses Recht des Schuldners von dem Umstande ab, dass der Gläubiger nicht rechtsgültig seine Annahme dem Depositar gegenüber erklärt.[33]) Mit diesem Augenblick cessiert wieder das Recht des Schuldners auf Rücknahme, erscheint also gleichfalls resolutiv bedingt. Unser Resultat ist also:

---

[30]) Czyhlarz, a. a. O. S. 683.

[31]) Kohler, a. a. O. S. 318; Dernburg, a. a. O. §§ 18, 61, Anm. 9.

[32]) Dernburg, a. a. O. S. 54.

[33]) Dernburg, a. a. O. S. 171.

Die Hinterlegung ist ein Vertrag zu Gunsten Dritter derart, dass die sich hierbei ergebenden Rechte von Gläubiger und Schuldner einander resolutiv bedingen.

Die im gemeinen Recht noch in der Entwickelung begriffene Lehre von den Verträgen zu Gunsten Dritter ist im B. G. B. dahin zum Abschlusse gelangt, dass dieselben im weitesten Umfange anerkannt werden.[34]) Der Dritte erwirbt unmittelbar mit dem Abschlusse des Vertrages den Anspruch, wenn das den Intentionen der Parteien entspricht, ohne dass es der Anzeige an ihn oder seiner Annahme bedarf.[35]) Welchen Modifikationen das Recht des Dritten unterworfen sein soll, insbesondere ob es nur unter gewissen Voraussetzungen entstehen, und ob den Vertragschliessenden die Befugnis vorbehalten sein soll, das Recht des Dritten ohne dessen Zustimmung aufzuheben, ist aus den besonderen Umständen, insbesondere aus dem Zwecke des Vertrages zu entnehmen.[36])

Unter diese allgemeinen Bestimmungen lassen sich die Vorschriften über die Hinterlegung vollständig subsumieren:

1. Die Hinterlegung erfolgt für den Gläubiger,[37]) d. h. zu dessen Gunsten, in der Absicht ihm den geschuldeten Gegenstand zuzuwenden.

2. Der Gläubiger erwirbt hierdurch ein selbständiges Recht auf die Sache, denn der Schuldner kann ihn auf das deponierte Objekt verweisen,[38]) ist auch, wenn zum Nachweise der Empfangsberechtigung des Gläubigers eine diese anerkennende Erklärung des Schuldners erfordert wird, verpflichtet nach Lage der Sache dieselbe zu erteilen.[39])

3. Das Recht des Gläubigers ist bedingt durch die Befugnis des Schuldners, die hinterlegte Sache wieder zurückzunehmen.[40]) Geschieht dies, so werden die Wirkungen der Hinterlegung aufgehoben, dieselbe gilt als nicht erfolgt, und das Schuldverhältnis lebt in seiner ursprünglichen Form wieder auf.[41])

---

[34]) B. G. B. § 328, Abs. 1.
[35]) Plank, a. a. O. Heft 3 S. 107.
[36]) B. G. B. § 328, Abs. 2.
[37]) B. G. B. § 372.
[38]) B. G. B. § 379, Abs. 1.
[39]) B. G. B. § 380.
[40]) B. G. G. § 376, Abs. 1.
[41]) B. G. B. § 379, Abs. 3.

4. Andererseits verliert der Schuldner das Recht der Rücknahme, wenn der Gläubiger der Hinterlegungsstelle erklärt, dass er den Gegenstand annehme, oder wenn ein rechtskräftiges Urteil vorgelegt wird, das die Hinterlegung für rechtmässig erklärt, oder der Schuldner seinen Verzicht auf die Rücknahme erklärt hat.[42])

Aus dem Vorstehenden ergiebt sich, dass unsere oben aufgestellte Definition der Deposition auf die Hinterlegung des B. G. B. gleichfalls uneingeschränkt Anwendung findet.

Der Schuldner kann ferner, wenn er nur gegen eine Leistung des Gläubigers zu leisten verpflichtet ist, von der Bewirkung der Gegenleistung das Recht zur Empfangnahme des hinterlegten Gegenstandes abhängig machen.[43]) Das ist von besonderer Wichtigkeit für die Fälle der Zug- um Zugleistungen, denn der Schuldner soll dadurch, dass der Gläubiger seine Annahme der Hinterlegungsstelle erklärt und so die deponierte Sache dem Schuldner vollständig entzieht, nicht mit dem ihm nach dem Inhalte des Schuldverhältnisses zustehenden Rechte gekürzt werden. Deshalb kann er das Recht des Gläubigers von einer weiteren Bedingung abhängig machen, welche aufschiebend wirkt und zu der bereits besprochenen Resolutivbedingung, von der das Recht des Gläubigers abhängig ist, hinzutritt.

Will nun der Gläubiger zur Sache gelangen, so muss er zunächst die Suspensivbedingung beseitigen, d. h. die Gegenleistung bewirken. Damit ist aber das Recht des Schuldners auf Rücknahme nicht beseitigt, denn dieses erlischt erst durch Erklärung des Verzichts gegenüber der Hinterlegungsstelle, und so ist auch dem Schuldner die Möglichkeit gegeben, dem Gläubiger die ihm nunmehr gebührende Leistung zu entziehen. Indessen in der Annahme der Leistung auf Seiten des Schuldners liegt doch das Versprechen auf die Rücknahme zu verzichten, und in der Bewirkung der Leistung von Seiten des Gläubigers, die hinterlegte Sache annehmen zu wollen; würde also trotzdem der Schuldner von seinem Rechte Gebrauch machen, so wäre das eine dolose Handlung, die ihn zum Schadenersatz verpflichten könnte.[44])

Den vollständigsten Aufschluss über die Wirkungen der

---

[42]) B. G. B. § 376, Abs. 2.

[43]) B. G. B. § 373.

[44]) Plank, a. a. O. S. 157 zu § 376.

Deposition giebt die schon oft erwähnte l. 19 C. de usur. 4,32, die darum auch die lex depositionis »ex professo« von Donellus genannt wird. Neben der Hemmung des Zinsenlaufes (l. 19 pr. cit.), tritt der Uebergang der Gefahr auf den Gläubiger (l. 19 § 2 cit.), das Freiwerden der Pfänder (l. 19 eod.), und die Befreiung des Schuldners von der Klage ein (l. 19 § 4).

Die Römer haben das Aufhören des Zinsenlaufes nicht schon mit dem Eintritt des Verzuges statuiert auf Grund der Erwägung, dass der Schuldner das Kapital immer noch nutzen könne, welche Möglichkeit erst die Deposition beseitige.[45]) Die etwas auffällige Hervorhebung des Ueberganges des periculum erklärt sich damit, dass hier von einer Genusschuld die Rede ist, bei der die Gefahr nur übergeht, wenn die Sachen gesondert gehalten werden, also gewissermassen die Umwandlung in eine Speziesschuld erfolgt, welcher Zeitpunkt gerade durch die Deposition besonders markiert wird.[46]) Dass die Aufhebung des Pfandrechts erst durch Deposition eintritt, ist ein Produkt späterer Entwickelung, wie unten gezeigt werden wird, und auf die Auffassung zurückzuführen, dass die Hinterlegung erst einen strikten Beweis wirksamer Oblation ergab. Aus dem Gesagten ergiebt sich, dass die in l. 19 cit. angeführten Wirkungen doch nur in losem Zusammenhange mit der Deposition stehen, indem sie teils auf wirtschaftliche Gründe zurückzuführen sind, teils ihre Existenz schon mit dem Eintritt des Verzuges äussern.

Alle diese Wirkungen werden aber beseitigt, wenn ihre Voraussetzung, die Deposition, in Wegfall kommt, wenn der Schuldner das Depot zurücknimmt. Denn durch die Rücknahme wird das alte Verhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner in seinem ganzen Umfange wiederhergestellt.[47])

Fragt man nun nach dem Charakter dieses Rechtsbehelfes, so stehen wir vor der Entscheidung der Frage, ob die Deposition ipso iure Tilgung hervorrufe oder nur ope exceptionis. Mit Recht hebt Czyhlarz hervor,[48]) dass die Frage unrichtig formuliert ist, denn nicht um prozessuale Geltendmachung handelt es sich, sondern um materiell-rechtliche Wirkungen, die durch die Deposition

[45]) Hirsch, a. a. O. S. 55.
[46]) Hirsch, a. a. O.
[47]) Kohler, a. a. O. S. 332; l. 18 § 10 l. 20 l. 21 D. de jure fisci 49,14.
[48]) Czyhlarz, a. a. O. S. 677, Anm. 45.

eintreten: Hat die Hinterlegung die Tilgung, das Erlöschen der Obligation zur Folge, wie die Zahlung, oder bringt sie nur eine Veränderung, Entkräftung des Rechtes des Gläubigers hervor?

Nach unseren Ausführungen kann die Antwort nur in letzterem Sinne lauten. Ein Akt, der in Bezug auf das Eigentum keinen Einfluss hat, wo Uebertragung des Eigentums Gegenstand der Verbindlichkeit ist, der mit Vorbehalt des Rechtes geschieht, das ganze Rechtsverhältnis durch Rücknahme zu beseitigen, kann niemals Erfüllungscharakter haben.[49])

Das beweist auch nicht die l. 9. C. de sol. 8,43., denn das hier mit Bezug auf obsignatio gebrauchte indifferente Wort »liberatio« kann auch liberatio ab actione bedeuten,[50]) und geht auch nicht aus den Wirkungen der Deposition hervor, die mehr in praktischen Erwägungen ihre Erklärung finden, als in dem Erfüllungscharakter der Deposition.

Wenn Windscheid meint, liberatio trete nur unter der Voraussetzung ein, dass die Deposition nicht zurückgenommen werde, mit der Hinterlegung werde die Obligation in den Zustand des Ruhens versetzt,[51]) so verkennt er vollständig den Charakter der Deposition. Die Obligation ruht keineswegs, sondern hat nur eine Veränderung erfahren; der Anspruch des Gläubigers bleibt existent, aber er bewegt sich jetzt in der Richtung nicht gegen den Schuldner, sondern gegen den Depositar, ist also in andere Bahnen gewiesen.

Wenn Kohler[52]) die Möglichkeit des Wiederauflebens des Anspruches des Gläubigers gegen den Schuldner damit zu rechtfertigen sucht, dass der Schuldner vom Anspruche liberiert, nicht aber aus dem Nexus der Obligation entlassen werde, so halten wir ihm den Satz der Institutionen entgegen: Tollitur omnis obligatio solutione eius quod debetur, Erfüllung hebt die ganze Obligation auf, sie beseitigt den Nexus vollständig ohne die Möglichkeit des Wiedererstehens.[53])

Wohl aber führt uns die Deduktion Kohlers zur richtigen Charakteristik der Deposition. Ebenso wie die Preisgebung ist

---

[49]) Hirsch, a. a. O. S. 62, 91.

[50]) Ulrich, a. a. O. S. 64.

[51]) Windscheid, a. a. O. II, § 347, Note 26.

[52]) Kohler, a. a. O. S. 334.

[53]) Inst. III, 29. Hirsch, a. a. O. S. 63 und 64.

auch die Hinterlegung Aufgabe des Besitzes, Befreiung des Schuldners von der ihm obliegenden Verwahrungspflicht. Sie bewirkt eine Hemmung des Anspruches gegen den Schuldner, indem sie einen solchen gegen den Depositar für den Gläubiger begründet, und einen Zustand der Kraftlosigkeit der die Erfüllung der Obligation sichernden Accessionen. Mit der Rückkehr des deponierten Gegenstandes in den Besitz des Schuldners lebt die alte Obligation nicht von neuem auf, sondern sie äussert wieder ihre alte Kraft.

Modifikationen treten aber bei dem depositum irregulare ein, die sich aus der Natur desselben ergeben. Insbesondere wird hier der Depositar Eigentümer der hinterlegten Sachen, und die Ansprüche gegen ihn lauten dann auf tantundem eiusdem generis.

Mit dem Augenblicke, wo der Schuldner jedes Recht auf den deponierten Gegenstand verliert, ist die Obligation in das Stadium der Erfüllung getreten, die Ansprüche des Gläubigers sind dadurch uneingeschränkt geworden, der Gläubiger kann jeden Augenblick die hinterlegte Sache an sich ziehen. Der Depositar besitzt jetzt nur für den Gläubiger, und man geht wohl nicht zu weit, wenn man sagt: im Namen, an Stelle des Gläubigers, und nun völlige Befreiung des Schuldners annimmt.

In scharfer Ausprägung finden wir die eben entwickelte Konstruktion im B. G. B. wieder, dessen Sätze sich vollständig auf diesem Gedanken aufbauen.

Während der erste Entwurf noch von dem Prinzip ausging, die Hinterlegung bewirke die Befreiung des Schuldners von seiner Verpflichtung, giebt das Gesetzbuch dem Schuldner aus der Deposition zunächst nur die Einrede, den Gläubiger auf die hinterlegte Sache zu verweisen,[54]) sodass also durch die Hinterlegung der Anspruch gegen den Schuldner nicht getilgt, sondern nur in eine andere Richtung gewiesen wird. Die Einrede ist nicht rechtsverneinder Natur, wie die Einrede der Zahlung, sondern bedeutet nur die Abwehr des Anspruchs als gegenwärtig gegen den Schuldner unwirksam. Die Zurücknahme der deponierten Sache bewirkt, dass die Hinterlegung als nicht erfolgt gilt;[55]) das Rechtsverhältnis wird so beurteilt, als hätte es niemals eine Veränderung erlitten. Der Schuldner verliert die Einrede, die

[54]) B. G. B. § 379, Abs. 1.

[55]) B. G. B. § 379.

Wirkungen der Deposition fallen weg und die Obligation steht wieder in dem alten Gefüge da. Vom Standpunkte der Tilgungstheorie müsste die Hinterlegung ex nunc, also vom Tage der Rücknahme an, als nicht erfolgt gelten,[56]) wogegen aber der klare Wortlaut des Gesetzes spricht.

Der Schuldner hat prinzipiell das Recht der Zurücknahme, behält also das Eigentum an der Sache, und die Fälle, in denen das Rückziehungsrecht ausgeschlossen ist, erscheinen als Ausnahmen.[57])

Ist aber das Recht der Rücknahme ausgeschlossen, dann gilt der Schuldner als befreit, und zwar rückwirkend von dem Zeitpunkte an, wo er die Hinterlegung bewirkt hatte.[58]) Gerade aus dieser Formulierung geht deutlich hervor, dass die Hinterlegung an sich nicht die Befreiung des Schuldners zur Folge hat, sondern diese erst eintritt, wenn der Gläubiger ein uneingeschränktes Recht auf die Sache erlangt hat.

Es gilt also auch für das B. G. B. unsere Ausführung, dass nur eine Hemmung des Anspruchs des Gläubigers gegen den Schuldner eintritt, der vollends vernichtet wird erst mit dem Moment, an welchen das Gesetz die Befreiung des Schuldners aus dem Nexus der Obligation knüpft.

Im einzelnen ist noch Folgendes hervorzuheben:

Mit dem Augenblicke der Hinterlegung geht die Gefahr auf den Gläubiger über, der Zinsenlauf hört auf, desgleichen der Ersatz für nicht gezogene Nutzungen.[59]) Für den Annahmeverzug sind diese Wirkungen ohne Bedeutung, da sie schon mit dem Eintritt der mora Geltung erlangen, was später noch behandelt werden wird.

Diese Wirkungen treten immer mit dem Vollzuge der Hinterlegung ein, ist aber der Gegenstand durch die Post übersendet worden, so wirkt die Hinterlegung auf die Zeit der Aufgabe der Sache zur Post zurück.[60])

Mit Rücksicht darauf, dass der hinterlegte Gegenstand für den Gläubiger bestimmt ist, ist das Recht der Rücknahme für

---

[56]) So Kohler, im Arch. f. bürgerl. Recht, S. 215.
[57]) B. G. B. § 376.
[58]) B. G. B. § 378.
[59]) B. G. G. § 379, Abs. 2.
[60]) B. G. B. § 375.

unpfändbar erklärt.[61]) Hierin liegt, wie auch die Motive anerkennen, ein Verstoss gegen das Prinzip, denn die Sache steht noch im Eigentum des Deponenten und das Recht auf Rücknahme ist ein Anspruch, der sehr wohl der Pfändung unterliegen kann. Indessen ist aus praktischen Gründen obiger Satz aufgestellt worden, damit die einmal dem Gläubiger bestimmte Sache nicht durch zuvorkommende Dritte entzogen werden könnte.

Das Recht hat dadurch höchst persönlichen Charakter erhalten, kann nicht cediert werden[62]) und fällt nicht in die Konkursmasse, die ja durch Beschlagnahme des gesamten Vermögens entsteht.[63]) Diese Privilegien fallen natürlich fort, sobald der Schuldner von seinem Rechte Gebrauch macht und die Deposition beseitigt. Während der Dauer des Konkurses aber ist das Rücknahmerecht suspendiert;[64]) denn die Lage des Gläubigers soll nicht schlechter werden, als sie bereits vor dem Konkurse war. Es ist also sowohl dem Schuldner, wie dem Konkursverwalter versagt. Wohl aber kann letzterer auf Grund der Anfechtungsgesetze auch eine Hinterlegung anfechten, besonders wenn hierin eine Begünstigung des Gläubigers zu finden ist, die dieser nicht zu beanspruchen hatte.[65])

Durch diese Winkulierung des Rücknahmerechts erlangt der Gläubiger ein dinglich wirkendes Absonderungsrecht gegenüber den anderen Gläubigern,[66]) denn er kann durch Annahmeerklärung an die Hinterlegungsstelle den Gegenstand sich vollständig sichern und so abgesonderte Befriedigung erreichen.

Umgekehrt ist das Annahmerecht des Gläubigers ein Bestandteil seiner vermögensrechtlichen Befugnisse, wie jeder andere. Die Annahme ist dann eine Verfügung über die Forderung, und das Recht auf diese folgt stetig dem Schicksal derselben. Es geht mit der Cession der Forderung über, fällt in die Konkursmasse und kann vom Verwalter ausgeübt werden.[67])

Der Zustand der Schwebe, in dem sich die deponierte Sache befindet, wird durch Ausschliessung der Rücknahmebefugnis des

[61]) B. G. B. § 377, Abs. 1.
[62]) B. G. B. § 400.
[63]) B. G. B. § 377, Abs. 1; Plank, a. a. O. S. 159.
[64]) B. G. B. § 377, Abs. 2.
[65]) K. O. § 22 ff.
[66]) Endemann, a. a. O. S. 640.
[67]) Kohler, a. a. O. S. 226.

Schuldners beseitigt, denn dann gehört das Depositum ausschliesslich zur Vermögensmasse des Gläubigers. Das Recht der Rücknahme ist aber ausgeschlossen, wenn der Schuldner den Verzicht auf sein Recht oder der Gläubiger die Annahme der Hinterlegungsstelle erklärt hat, ferner wenn der Hinterlegungsstelle ein zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner ergangenes rechtskräftiges Urteil vorgelegt wird, welches die Deposition für rechtmässig erklärt.[68]) Mit Zustimmung des Gläubigers kann aber immer die Rücknahme erfolgen. Nur in einem Falle kann der Schuldner trotz Verzichts den deponirten Gegenstand zurückfordern. Hat nämlich der Gläubiger 30 Jahre lang von dem Empfang der Anzeige der Hinterlegung ab von seinem Rechte keinen Gebrauch gemacht, so ist es erloschen.[69]) Notwendig ist aber immer, dass der Schuldner von der geschehenen Hinterlegung Nachricht giebt, sonst verjährt das Recht überhaupt nicht,[70]) woran doch der Schuldner ein wesentliches Interesse hat. Die Bestimmung des § 377 bleibt aber in unserem Falle ausser Betracht, denn die Sicherung des Gläubigers, die die ratio legis bildet, ist durch das Erlöschen des Rechtes, zu dessen Sicherung die Ausnahme getroffen ist, gegenstandslos geworden.[71]) Auch der Satz, dass durch die Zurücknahme die Hinterlegung als nicht erfolgt anzusehen sei, erleidet hier keine Anwendung. Vielmehr bleibt die Deposition insofern wirksam, als durch sie in Verbindung mit dem Ablaufe der dreissigjährigen Frist der Anspruch des Gläubigers erloschen ist.[72])

Den Landesgesetzen ist es aber vorbehalten zu bestimmen, dass mit Ablauf einer bestimmten Frist der Anspruch auf Rückerstattung des Depositums zu Gunsten des Fiskus oder der Hinterlegungsstelle verloren geht.[73]) Demnach kann die Verjährungszeit des Rechtes des Gläubigers auf den hinterlegten Gegenstand kürzer bemessen und der Lauf der Frist von einem anderen Zeitpunkte als von dem der Anzeige der Hinterlegung an berechnet werden. Immer aber muss dem Schuldner die Möglichkeit gewährt werden, mindestens während eines Jahres nach dem Erlöschen des Rechtes des Gläubigers die Rückerstattung zu verlangen.[74])

[68]) B. G. B. § 376, Abs. 2.
[69]) B. G. B. § 382.
[70]) Plank, a. a. O. S. 164 zu § 382.
[71]) Kohler, im Arch. f. bürgerl. Recht, S. 230.
[72]) Plank, a. a. O. S. 163.
[73]) E. G. zum B. G. B., Art. 145.
[74]) E. G. zum B. G. B. Art. 145, Abs. 1, S. 2.

Die im Preussischen Recht lebhaft debattierte Frage, ob der Staat durch den Hinterlegungsvertrag civilrechtlich verpflichtet werde, hat unserer Ansicht nach das B. G. B. im bejahenden Sinne entschieden. Das ergiebt sich aus der Konstruktion eines Vertrages in favorem tertii, ferner aus der Ausdruckweise des Gesetzes, das von einer Hinterlegung für den Gläubiger, von einem Recht auf die hinterlegte Sache spricht, besonders aber aus der Einrede des Schuldners, den Gläubiger auf den deponierten Gegenstand verweisen zu können.

§ 13.

d. Selbsthülfeverkauf.

Am Ende der l. 1 § 3 D. de peri. 18,6 erwähnt der Jurist auch das Recht des Verkaufes. Er citiert die Möglichkeiten, die geschaffen sind die wirthschaftlich so nachteilige Preisgebung zu vermeiden, und so empfiehlt er auch das »vendere bona fide.« Der Schuldner soll, wenn der Gläubiger sich im Verzuge der Annahme befindet, auch das Recht haben, durch Verkauf sich der Sache zu entledigen, aber hierbei soll er nicht die bona fides ausser Acht lassen, die Rücksicht, die der Verkehr und das Leben verlangt, und die darin besteht, ut quam minime detrimento sit ea res emptori. Freilich findet diese Rücksicht ihre Grenze in dem eigenen Selbst, quantum sine ipsius incommodo fieri potest; ist aber durch den Verkauf ein Ausgleich der Interessen möglich, so soll es der Schuldner nicht verabsäumen. Eine Rechtspflicht zur Anwendung dieses Behelfes scheint aus den l. 1 § 3 D. cit. nicht hervorzugehen, aber in C. 20 § 2 C. de agric. 11,48 befiehlt Justinian, dass im Falle einer Speziesschuld der Gegenstand per officium iudicis verkauft und der erzielte Betrag hinterlegt werden sollte.

Die Wirkung des Verkaufes besteht darin, dass sich die Verpflichtung des Schuldners zu einer Sachleistung in die zu einer Geldleistung verwandelt,[1]) der sich dann der Schuldner durch Hinterlegung entschlägt. Der Verkauf bezweckt ebenso wie die Deposition Befreiung von der Verwahrungspflicht und findet vorwiegend dann Anwendung, wenn Hinterlegung unmöglich oder mit Schwierigkeiten verbunden ist. Auch hier tritt keine Tilgung

[1]) Kohler, im Jher. Jahrb. S. 347.

der Obligation, sondern zunächst eine Veränderung ihres Gegenstandes und durch die nachfolgende Deposition die Hemmung des Anspruches gegen den Schuldner ein. Letzterer haftet vor der Deposition nicht auf die Bereicherung, wie Schey annimmt,[2]) das würde ja einen durch Tilgung der Obligation hervorgerufenen ungerechtfertigten Vermögenszuwachs bedeuten, sondern auf das durch den Verkauf erlangte Aequivalent für die geschuldete Sache, das immer dem Gläubiger obligiert bleibt.

Der Verkäufer handelt auch nicht als negotiorum gestor, im Gegenteil, er vertritt doch in erster Linie sein eigenes Interesse sondern kraft der ihm vom Rechte verliehenen Macht, die ihn befugt proprio iure eine fremde Sache zu veräussern, analog dem Rechte des Pfandgläubigers. Demnach charakterisiert sich der Verkauf als erlaubte Selbsthilfe.[3])

Ob eine Androhung vorangehen müsse, ist für das Römische Recht zu verneinen. Die l. 20 § 2 C. cit. erwähnt sie nicht, und eine Analogie mit der denunciatio, die bei der Preisgebung erfordert wird, wie vielfach angenommen ist, ist bei den in ihren Wirkungen so sehr von einander abweichenden Rechten nicht gerechtfertigt.

Gemeinrechtlich ist jedenfalls durch konstante Praxis und Gerichtsgebrauch die Notwendigkeit einer vorherigen Androhung anerkannt.[4]) Sonstige Erfordernisse kennt das gemeine Recht nicht, namentlich ist der gerichtliche Verkauf keineswegs notwendig, sondern dem Schuldner über die Art des Verkaufes freie Wahl gelassen.[5])

Mit der Entwickelung von Handel und Verkehr bildete sich besonders unter Kaufleuten der Selbsthülfeverkauf als ein im Falle des Annahmeverzuges sehr brauchbarer Rechtsbehelf heraus, der gerade dort seine Aufgabe, die Befreiung von der custodia-Pflicht zu erlangen, löste, wo die Deposition schwierig oder unmöglich erschien. So finden wir schon im A. D. H. B. eine feine Durchbildung dieses Rechts, die für das neue Civilrecht vorbildlich gewesen ist.

---

[2]) Schey, a. a. O. S. 40,

[3]) Kohler, a. a. O. S. 345.

[4]) Seuffert, Arch. V, No. 156; VIII, No. 351; XI, No. 231; Kohler, a. a. O. S. 339.

[5]) Seuffert, VIII, No. 351.

Das B. G. B. geht von dem Gedanken aus, dass das Verkaufsrecht des Schuldners sich als ein tief in die Befugnisse des Gläubigers einschneidendes Recht darstellt, und trifft deshalb vielfach Bestimmungen, die dem Gläubiger noch die Möglichkeit und Zeit gewähren sollen, seine mora zu purgieren und den Verkauf abzuwenden, andererseits verlangt es gewisse Formerfordernisse, unter deren Beobachtung allein der Verkauf giltig sein kann.

Ein Verkauf ist nur zulässig bei beweglichen Sachen, und zwar im Falle des Annahmeverzuges dann, wenn die Sache sich zur Hinterlegung nicht eignet.[6]) Damit erscheint das Verkaufsrecht zwar als ein subsidiäres Recht, das aber trotzdem ein sehr weites Anwendungsgebiet erhält, da die der Hinterlegung fähigen Gegenstände nur sehr beschränkt sind. Vor dem Verkauf muss dem Gläubiger bei Vermeidung der Unrechtmässigkeit eine Androhung zugehen, und da sie den Zweck hat, eine Warnung auszusprechen, kann der Gläubiger eine gewisse Zeit zur Abwendung des Uebels beanspruchen.[7]) Unterbleiben darf sie nur, wenn die Sache dem Verderben ausgesetzt und ausserdem mit dem Aufschube der Versteigerung Gefahr verbunden, oder wenn sie unthunlich, also mit unverhältnismässigen Schwierigkeiten und Weitläufigkeiten verbunden ist.[8]) Stets muss sie erfolgen, wenn der Käufer vor der Fälligkeit der Leistung die Verweigerung der Annahme erklärt hat,[9]) kann aber dann mit dem Angebote der Leistung verbunden werden.[10])

Nach der Versteigerung hat der Verkäufer den Gläubiger unverzüglich zu benachrichtigen. Durch die Unterlassung werden aber nicht wie bei der Androhung die Wirkungen der Versteigerung aufgehoben, sondern nur eine Schadensersatzpflicht des Schuldners begründet.[11]) Auch hier kann im Falle der Unthunlichkeit die Benachrichtigung unterbleiben.[12]) Fraglich ist aber, welche Folgen es hat, wenn der Schuldner die Benachrich-

[6]) B. G. B. § 383. In den anderen Fällen der Hinterlegung ist Verkauf nur zulässig, wenn der Verderb der Sache zu besorgen oder die Aufbewahrung mit unverhältnismässigen Kosten verbunden ist.

[7]) B. G. B. § 384, Abs. I, S. 1.

[8]) B. G. B. § 384, Abs. 1, Satz 2; Abs. 3.

[9]) R. G. Bd. 1, S. 310.

[10]) R. O. H. G. Bd. XXIII, S. 169.

[11]) B. G. B. § 384, Abs. 2.

[12]) B. G. B. § 384, Abs. 3.

tigung zwar nicht unterlässt, aber zur Unzeit erst dem Gläubiger zugehen lässt. Das Gesetz statuiert zwar die Schadensersatzpflicht nur für den Fall der »Unterlassung«, man wird aber sagen müssen, dass eine Benachrichtigung zur Unzeit ihrem Werte nach einem Fehlen derselben gleichsteht, und deshalb auch hieran die Pflicht zum Ersatze des eingetretenen Schadens knüpfen. Durch grammatische Interpretation des § 384 gelangen wir zu dem nämlichen Resultat, indem wir das Wort »Unterlassung« in gleicher Weise auf »unverzüglich« und »benachrichtigen« ziehen.

Der Verkauf kann nur in öffentlicher Versteigerung geschehen. Eine solche ist aber nur dann vorhanden, wenn der Verkauf durch einen Gerichtsvollzieher oder einen anderen zu Versteigerungen befugten Beamten oder einen öffentlich angestellten Versteigerer geschieht. Alle drei Beamten müssen ausserdem für den Ort der Versteigerung zuständig sein.[13]) Zeit und Ort sind unter allgemeiner Bezeichnung der Sache öffentlich bekannt zu machen.[13])

Nur in einem Falle entbindet das Gesetz den Schuldner vom öffentlichen Verkauf, nämlich wenn die Sache einen Markt- oder Börsenpreis hat. Dann ist es ihm gestattet aus freier Hand den Verkauf zu bewirken.[14]) Derselbe geschieht dann entweder durch eine zu öffentlichen Versteigerungen befugte Person, oder durch einen zu solchen Verkäufen öffentlich ermächtigten Handelsmäkler, d. h. durch einen Handelsmäkler im Sinne des § 93 des H. G. B., dem die Ermächtigung durch den Staat erteilt ist, einen solchen Verkauf aus freier Hand zu bewirken.[15])

Unter diesen beiden Personen hat der Schuldner die Wahl. Er muss aber einen von beiden wählen, denn das Wort »kann« im § 385 bezieht sich nur auf »Verkauf aus freier Hand«, die anderen Vorschriften sind ius cogens und nicht in das Ermessen des Verkäufers gestellt. Der Verkauf muss zu dem laufenden Preise, d. h. zu demjenigen, zu welchem Sachen gleicher Art und Qualität an dem Orte und Tage des Verkaufes als Markt- oder Börsenwaren veräussert werden, erfolgen. Ein Verkauf unter dem laufenden Preise ist unstatthaft. Die allgemeinen Vor-

[13]) B. G. B. § 383, Abs. 1.
[14]) B. G. B. § 385.
[15]) Plank, a. a. O. S. 167 zu § 385.

schriften über die Versteigerung kommen auch hier zur Anwendung.

Gegenstand des Verkaufes ist die dem Gläubiger offerierte, aber nicht angenommene Sache. Ist dieselbe noch nicht fest bestimmt, sondern von einer durch den Gläubiger zu treffenden Wahl abhängig, so geht mit Ablauf einer ihm gesetzten Frist das Wahlrecht auf den Schuldner über, wodurch er die Ermächtigung erhält, selbständig den Gegenstand des Verkaufes zu bestimmen.[16])

Die Versteigerung hat am Leistungsorte zu erfolgen; ist aber zu erwarten, dass dort ein angemessener Erfolg nicht erzielt werden wird, so ist die Sache an einem geeigneten anderen Orte zu versteigern.[17]) Zweifelhaft ist aber, ob diese Vorschriften als ius cogens aufzufassen sind und ihre Nichtbeachtung die Unrechtmässigkeit der Versteigerung bewirkt, oder ob hierdurch nur eine Verpflichtung zum Schadensersatze begründet wird.

Plank[18]) erklärt sich für das erstere, indem er die Analogie mit der Bestimmung über die Hinterlegung am anderen als dem zuständigen Orte[19]) zurückweist, weil bei der Deposition der Gegenstand der Leistung nicht tangiert wird, was aber beim Verkaufe so intensiv der Fall ist. Dem gegenüber ist zu erwägen, dass der Schuldner nach § 383 Abs. 2 das Recht und die Pflicht hat, an einem anderen Orte zu versteigern, wenn ein angemessener Erfolg an dem zunächst bestimmten nicht zu erwarten ist. Ist dieser auch an dem dritten Orte ausgeblieben, so kann dadurch an sich die Rechtmässigkeit der Versteigerung nicht in Frage gestellt werden, denn das Unglück kann ja von Zufällen und Umständen abgehangen haben, die niemand voraussehen konnte. Hat er aber schuldhafterweise einen anderen Ort gewählt, so ist er nach allgemeinen Prinzipien zum Schadensersatz verpflichtet, und dasselbe findet statt, wenn er schuldhafterweise die Versteigerung nicht an einem anderen Orte vornehmen liess, obwohl sie am Leistungsorte wenig Erfolg zu versprechen schien.

Den erzielten Betrag hat der Schuldner zu hinterlegen, und es kommen nunmehr die Sätze über die Deposition zur Anwen-

---

[16]) B. G. B. § 264, vergl. auch § 375 H. G. B.

[17]) B. G. B. § 383, Abs. 2.

[18]) Plank, a. a. O. S. 165 zu § 383.

[19]) B. G. B. § 374, Abs. 1.

dung. Erst mit diesem Augenblicke erhält der Gläubiger ein festes Recht auf den Erlös, vorher kann der Schuldner sich immer noch durch die Leistung des Gegenstandes, falls dieser wieder in seinen Besitz zurückgelangt ist, von seiner Verbindlichkeit befreien, ohne jedoch hierzu verpflichtet zu sein.[20]) Nimmt er dann wieder die deponierte Summe zurück, so kann er dieses Recht nicht mehr geltend machen.

Es bleibt noch die Frage zur Erörterung, ob im Falle des öffentlichen Verkaufes Gläubiger und Schuldner mitbieten und die Sache erstehen könnten. Im Römischen Recht ist dem Eigentümer der Sache die Möglichkeit des Erstehens der ausgebotenen Sache versagt, denn es gilt uneingeschränkt der Satz: emptio rei suae nulla est.[21])

Für das Handelsrecht ist das Mitbietungsrecht von Gläubiger und Schuldner anerkannt und auch durch die Rechtsprechung der obersten Gerichtshöfe bestätigt.[22])

Im neuen bürgerlichen Recht ist die Entscheidung aus der Analogie mit dem Pfandverkauf herzuleiten. Sowohl bei der Distraktion des Pfandes, wie bei dem Selbsthülfeverkauf kann die Veräusserung nur im Wege öffentlicher Versteigerung erfolgen, für deren Formen in beiden Fällen dieselben Bestimmungen getroffen sind.[23]) Pfandgläubiger und Schuldner verkaufen die fremde Sache kraft eigenen Rechts, ersterer erhält diese Befugnis durch den Pfandvertrag, letzterer unmittelbar durch das Gesetz, sodass auch ein innerer Zusammenhang unleugbar vorhanden ist. Es dürfte also eine analoge Anwendung der Sätze des Pfandrechts auf den Selbsthülfeverkauf gestattet sein. Für den Pfandverkauf gilt aber der Satz, dass Pfandgläubiger und Eigentümer bei der Versteigerung mitbieten dürfen.[24]) Es kommt ferner hinzu, dass der Zweck der Versteigerung, wie das Reichsgericht zutreffend hervorhebt,[25]) nicht Verkauf im eigentlichen Sinne, sondern die Feststellung des erreichbar höchsten Preises des Gegenstandes ist mit der Wirkung, dass die dem Gebot entsprechende Summe jetzt

---

[20]) Plank a. a. O. S. 165 zu 383.
[21]) l. 16 pr. D. de cont. empt. 18,1; l. 34 § 4 D. eod.; l. 61 D. eod.
[22]) R. O. H. G. Bd. IV, S. 20 ff.; R. G. Bd. V. S. 58 ff.
[23]) B. G. B. §§ 1221, 1220, 1235, 1236, 1241.
[24]) B. G. B. § 1239.
[25]) R. G., Bd. V, S. 59.

Leistungsobjekt werde. Es finden also die Sätze über den Kauf nicht strikte Anwendung, sondern die Versteigerung ist von dem Gesichtspunkte der blossen Feststellung des höchsten Wertes aus zu betrachten, und dann steht dem Mitbietungsrecht von Gläubiger und Schuldner nichts im Wege.

Auch für die Beantwortung der Frage, ob der Verkäufer für Mängel der verkauften Sache einzustehen hat, lässt sich analog die Bestimmung für den Pfandverkauf anwenden. Der § 461 entbindet den Pfandveräusserer von dieser Haftung, und wir werden sie deshalb auch für den Fall des Selbsthülfeverkaufs verneinen dürfen.

§ 14.

e. Anwendbarkeit vorstehender Rechte.

Ueber die Zulässigkeit der erörterten Rechtsbehelfe und ihre mögliche Anwendung sind die Ansichten sehr geteilt Während Ulrich[1]) in erster Linie die Deposition für anwendbar erklärt und erst in zweiter Reihe Preisgebung und Verkauf gestattet, lässt Mommsen[2]) dem Preisgebungsrecht einen weiten Spielraum.

Windscheid[3]) gestattet die Preisgebung, wenn die Aufbewahrung mit grossen Kosten verbunden ist, während Dernburg, Schey und Hirsch[4]) sie nur als äussersten Notbehelf zulassen wollen.

In der That ist anzunehmen, dass zur Zeit der Kodifikation des Römischen Rechts eine feste Reihenfolge der Rechtsbehelfe sich noch nicht entwickelt hatte. Jedenfalls ist das Preisgebungsrecht in seiner vernichtenden, den Gläubiger völlig unberücksichtigt lassenden Tendenz das ursprüngliche und in den Anfängen des Römischen Rechtslebens allgemein anwendbare Recht gewesen, das dem Schuldner zur Seite stand, wie wir es ja auch in den alten Denkmälern Deutscher Rechtsentwickelung häufig erwähnt finden. Erst später mit der wirtschaftlichen und kulturellen Blüte der Römer entwickelte sich die Deposition, besonders bei Geldschulden zur Anwendung kommend, und für die Gegenstände,

[1]) Ulrich, a. a. O. S. 85, 86.

[2]) Mommsen, a. a. O. S. 312.

[3]) Windscheid, a. a. O. § 346, Not. 6.

[4]) Dernburg, a. a. O. S. 120, Anm. 12; Schey, a. a. O. S. 32; Hirsch, a. a. O. S. 79.

deren Aufbewahrung sich unthunlich erwies, das Verkaufsrecht. Dass aber die Entwickelung dieser Rechtsbehelfe noch nicht soweit fortgeschritten war, um die Preisgebung vollständig zu verdrängen, beweisen die oben erwähnten gegensätzlichen Meinungen von Ulpian und Pomponius.

Wir müssen also sagen, dass zur Zeit der Kodifikation die Preisgebung de iure das prinzipale Recht gewesen ist, de facto aber wird es wohl nur in den äussersten Fällen zur Anwendung gekommen sein.

Für das gemeine Recht gilt das Prinzip: operam dat, ut quam minime detrimento sit ea res emptori (l. 1 § 3 cit.) in vollstem Umfange,[5]) und dem entsprechend ist für das Preisgebungsrecht nur ein äusserst geringes Anwendungsgebiet übrig geblieben. Als eigentlicher Rechtsbehelf ist die Deposition in den Vordergrund getreten, da diese dem Prinzip am nächsten kommt, daneben steht wahlweise, besonders wenn die Hinterlegung mit Schwierigkeiten verbunden ist, dem Schuldner das Recht des Verkaufes zur Seite.

Das B. G. B. schreibt aber eine ausdrückliche Reihenfolge der Anwendung vor, sodass das eine Recht das andere ausschliesst. Auch hier steht die Deposition im Mittelpunkt, die primär in den zulässigen Fällen zur Anwendung kommt, sekundär auch bei dem Selbsthülfeverkauf, indem nach erfolgter Veräusserung die Hinterlegung des Erlöses gefordert wird. Für Immobilien ist die Preisgebung in der Form der Aufgabe des Besitzes gestattet.

Die Klage auf Abnahme erscheint gleichfalls als prinzipales Recht, sie konkurriert, soweit sie zulässig ist, mit den anderen Rechtsbehelfen, und der Gläubiger hat dann die Wahl, welches er anwenden will.

2. Einfluss auf das obligatorische Verhältnis:

§ 15.

a. Auf die Obligation selbst.

Nicht immer macht der Schuldner von den oben geschilderten Rechtsmitteln Gebrauch, oft ist ihre Anwendung schwierig, wenn nicht unmöglich, dann bleibt das iuris vinculum, die rechtliche Gebundenheit zwischen Schuldner und Gläubiger über den Zeit-

[5]) Seuffert Arch., Bd. XI, No. 231.

punkt der Fälligkeit hinaus wie ehedem bestehen. Der Schuldner ist auch ferner obligiert, trägt die Pflicht zur custodia in der ursprünglichen Weise und hat seine volle Diligenz dem Gläubiger zu prästieren. Aber auch hier hat die Rechtsordnung modifizierend eingegriffen, sie hat den Obligationsnexus zu lockern und einen Ausgleich zu finden gesucht zwischen den Interessen des Gläubigers, den auch unverschuldet die Wirkungen des Verzuges treffen können, und denen des Schuldners, dessen Haftung eine erhebliche Erleichterung erfahren musste.

So sprechen die Römer wiederholt den Satz aus, dass bei Annahmeverzug die Haftung des Schuldners auf dolus, also das äusserste Mass, beschränkt werde. Böswilligkeit macht jeden verantwortlich, das erfordert Treu und Glauben im Verkehr, oder wie Windscheid es ausdrückt: »Für Arglist wird nie nicht gehaftet.«[1]) Grobe Fahrlässigkeit steht dem dolus gleich.[2])

Das B. G. B. hat die sich aus der Natur der Sache ergebenden Bestimmungen gleichfalls aufgenommen.[3])

Mommsen[4]) folgert aus der Haftung für dolus und culpa lata den Wegfall jeder Verpflichtung zu einer positiven Handlung; der Schuldner hafte jetzt nur noch für Unterlassungen. Das ist aber nicht richtig. Soweit es sich um Erhaltung von Gegenständen handelt, darf der Schuldner nicht durch Unthätigkeit doloser Weise dieselben untergehen lassen, sondern ist zu Aufwendungen entsprechend seiner Haftung verpflichtet.

Mit dem Eintritte des Verzuges geht auch die Haftung für kasuellen Untergang oder Verschlechterung der Sache auf den Gläubiger über,[5]) Dies ergiebt sich schon aus dem Satze, dass, wenn Erfüllung erfolgt wäre, gleichfalls der Uebergang stattgefunden hätte, der Schuldner also nicht für die Gefahr einzustehen habe, wenn nur durch Ausbleiben der Mitwirkung des Gläubigers die Erfüllung unterblieben ist.

Von besonderer Bedeutung ist dieser Satz für generische

[1]) Windscheid, a. a. O. § 346, No. 2; l. 18 (17) l. 5 D. de peric. 18,6; l. 72 pr. de sol. 46,3; l. 9 D. sol. mat. 24,3; l. 51 § 1 D. de act. emt. 19,1.

[2]) latiorem culpam dolum esse, l. 32 D. depos. 16,3; magna culpa dolus est, l. 226 D. de V. S. 50,16.

[3]) B. G. B. § 300, Abs. 1.

[4]) Mommsen, a. a. O. S. 286.

[5]) l. 15 D. de peri. 18,6; l. 72 pr. D. de sol. 46,3; l. 34 § 3 D. de leg. I; l. 6 D. de dol. 44,4; l. 73 § 2 D. de verb. obl. 45,1.

und alternative Obligationen, denn beim Kauf einer Spezies trägt der Gläubiger bereits die Gefahr von der Perfektion des Vertrages an, sodass der Zeitpunkt der Erfüllung für unsere Frage keine Bedeutung hat. Bei Genusobligationen geht aber die Gefahr erst mit der Ablieferung auf den Käufer über,[6]) denn erst in diesem Augenblicke erscheint die Leistung vollständig individualisiert.

Bleibt nun der Gläubiger mit der Annahme im Verzuge, so hat dies denselben Effekt, wie die Leistung selbst, sofern das Angebotene ausgeschieden bleibt und gesondert gehalten wird. Die Obligation konzentriert sich auf das offerierte Objekt und verwandelt sich dadurch in eine Speziesschuld,[7]) deren Gefahr auf den Gläubiger übergeht.

Nach dem B. G. B. geht die Gefahr, wenn eine nur der Gattung nach bestimmte Sache geschuldet wird, mit dem Zeitpunkte auf den Gläubiger über, in welchem er dadurch in Verzug kommt, dass er die ihm angebotene Sache nicht annimmt.[8]) Wir sehen hierin eine Konsequenz des Satzes, dass bei Genusschulden, wenn auch prinzipiell nur objektive Unmöglichkeit die Leistung zu erfüllen den Schuldner befreit, doch das Schuldverhältnis auf eine bestimmte Sache beschränkt sein soll, wenn der Schuldner das zur Leistung seinerseits Erforderliche gethan, d. h. die zu leistende Sache ausgeschieden und sich in volle Erfüllungsbereitschaft gesetzt hat.[9]) Hierdurch erscheint ebenfalls die Genusschuld, so lange der Schuldner das bereit Gestellte nicht für sich verwendet, in eine Speziesschuld verwandelt, und es finden die auf letztere bezüglichen Sätze entsprechende Anwendung. Tritt dann die zur Erfüllung notwendige Thätigkeit des Gläubigers hinzu, so ist der Schuldner befreit, die Gefahr auf den Gläubiger übergegangen. Bleibt diese aber aus, liegt also Verzug vor, so geht die Gefahr nur dann und mit dem Zeitpunkte über, wenn der Schuldner erfüllungsbereit die geschuldete Sache vergeblich angeboten hat.[10]) Immer ist aber ein Angebot erforderlich, auch in

---

[6]) Die Frage ist freilich sehr bestritten; vergl. Dernburg, a. a. O. S. 264, Anm. 9.

[7]) Kohler, a. a. O. S. 394; l. 72 pr. D. cit.

[8]) B. G. B. § 300, Abs. 2.

[9]) B. G. B. § 243, Abs. 2.

[10]) Plank, a. a. O. S. 75 zu § 300.

den Fällen, in denen nach den sonstigen Vorschriften es sich erübrigt, um Annahmeverzug zu begründen. Das Mass der Erfüllungsbereitschaft richtet sich nach dem konkreten Inhalte der Obligation. Bei Bringschulden muss die zu leistende Sache dem Gläubiger zugegangen sein; die Absendung allein genügt nicht, denn sie schliesst ein Angebot noch nicht in sich,[11]) sofern nicht etwa schon mit einem früheren Zeitpunkte der Uebergang der Gefahr eintritt.[12]) Bei Holschulden muss die geschuldete Sache aus der Gattung ausgeschieden, für den Gläubiger parat gehalten und durch Erklärung angeboten werden.

Und volle Leistungsbereitschaft ist notwendig, wenn der Gläubiger anticipando die Annahme verweigert hat. Es erleidet also der Satz, dass in diesem Falle es genüge, wenn der Schuldner in der Lage ist sich in Bereitschaft zu versetzen, eine Einschränkung dahin, dass bei Genusschulden zur Durchsetzung des Ueberganges der Gefahr mit dem Angebot volles Leistungsvermögen verbunden sein muss.

Bei der alternativen Obligation sind mehrere Objekte im Kreise der Obligation befangen, jedoch in der Weise, dass der Schuldner durch die Leistung eines der mehreren liberiert wird. Sämtliche Objekte sind in obligatione, eins aber nur in solutione.[13]) Die Wahl unter den Gegenständen kann sowohl dem Schuldner, wie dem Gläubiger zustehen. Insoweit der Schuldner wahlberechtigt ist, scheidet der Fall aus unserer Betrachtung aus, indem wir uns der von Jhering für das gemeine Recht verfochtenen und auch vom B. G. B. acceptierten Meinung anschliessen, dass schon durch die Wahl und deren Erklärung an den Kontrahenten die Obligation auf ein Objekt konzentriert werde und die Gestalt einer Speziesobligation annehme.[14]) Von Bedeutung für unsere Erörterung ist nur der Fall, wenn das Wahlrecht dem Gläubiger zusteht. Uebt nämlich der Gläubiger zu rechten Zeit seine Befugnis nicht aus, gerät also in Annahmeverzug, so geht richtiger Ansicht nach das Wahlrecht auf den Schuldner über,[15])

---

[11]) Plank, a. a. O.

[12]) Vergl. B. G. B. § 447.

[13]) l. 106 l. 138 § 1 D. Verb. obl. 45,1; l. 21 § 13 D. de con. ind. 12,6.

[14]) Jhering, in seinen Jahrb. Bd. I, S. 31—33; B. G. B. § 263; vergl. Windscheid, a. a. O. S. 18, Anm. 9.

[15]) Dernburg, a. a. O. S. 82.

der seinerseits durch die Wahl die Obligation auf ein Objekt konzentriert und durch die Erklärung gegenüber dem anderen Teile die Gefahr auf den Gläubiger überwälzt.

Das B. G. B. hat diesen Gedanken rezipiert,[16]) mit Rücksicht auf die einschneidenden Veränderungen aber, die das Schuldverhältnis durch den Wechsel der Wahlberechtigten erleidet, bestimmt, dass das Wahlrecht auf den Schuldner erst dann übergehen soll, wenn der im Verzuge befindliche Gläubiger unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Vornahme der Wahl aufgefordert ist, dieselbe aber nicht rechtzeitig vornimmt. Der Schuldner muss also nach Eintritt des Verzuges eine das konkrete Rechtsverhältnis und die besonderen Umstände des gegebenen Falles berücksichtigende Frist zur Abgabe der Erklärung dem Gläubiger setzen, wenn er seinerseits das Wahlrecht ausüben will. Erst mit dem Ablaufe dieser Frist ist das Recht des Gläubigers endgültig erloschen. Ist die Frist zu kurz bemessen, so treten die vom Gesetz statuierten Folgen nicht ein.[17]) Entsprechend dem Wortlaute des Gesetzes kann sie erst vom Eintritt des Annahmeverzuges an ihren Lauf nehmen.[18]) Mit der nunmehr erfolgenden Wahl durch den Schuldner geht die Gefahr auf den Gläubiger über. Es fragt sich aber, wer während des durch das Gesetz geschaffenen Schwebezustandes für den Untergang eines der obligierten Objekte zu haften hat, falls später der Schuldner die Wahl ausüben darf. Prinzipiell beschränkt sich das Schuldverhältnis, falls die Leistung eines der Objekte unmöglich wird, auf die übrigen Objekte. Wird aber diese Unmöglichkeit durch einen Umstand herbeigeführt, den der nicht wahlberechtigte Teil zu vertreten hat, so tritt diese Beschränkung nicht ein, auch das untergegangene Objekt bleibt obligatorisch verbunden.[19]) Uebt nun der Gläubiger noch innerhalb der gesteckten Frist sein Wahlrecht aus, so kommt der zweite Satz nicht zur Anwendung, der Gläubiger kann unter den noch vorhandenen Objekten wählen. Geht aber das Wahlrecht auf den Schuldner über, so ist zu erwägen: Die Leistung eines Objekts, vielleicht gerade des inzwischen untergegangenen ist durch das

[16]) B. G. B. § 264, Abs. 2.
[17]) Plank, a. a. O. S. 19 zu § 250.
[18]) Plank, a. a. O. S. 36 zu § 264.
[19]) B. G. B. § 265.

Verhalten des Gläubigers unmöglich geworden. Sie wurde rechtlich unmöglich, denn die zur Perfektion erforderliche Mitwirkung des Gläubigers stand aus und hinderte die Leistung.

Nun meint zwar Hirsch:[20]) aus dem Ausdrucke »infolge eines Umstandes, den der nicht wahlberechtigte Teil zu vertreten hat« gehe hervor, dass nur schuldhafte Unmöglichkeit gemeint sei und demnach der Satz nur Anwendung finde, wenn der Gläubiger schuldhafterweise die Mitwirkung unterlassen habe. Allein diese Auffassung ist irrig. Mit Recht betont Endemann,[21]) dass die oben citierte Ausdruckweise nicht notwendig eine culpa in sich schliesst; denn in vielen Fällen hafte die Partei auch ohne Verschuldung. »Die Vertretungspflicht bedeutet nur den objektiven Massstab für die im konkreten Falle eintretende Haftung.« So auch in unserem Falle. Die Unmöglichkeit der Leistung hat der Gläubiger, wenn er in Annahmeverzug sich befindet, zu vertreten, gleichviel ob ihn ein Verschulden trifft oder nicht. Er hat das Wahlrecht verloren, ist also der nicht wahlberechtigte Teil, die Beschränkung auf die übrig gebliebenen Objekte tritt nicht ein. Der Schuldner hat demnach die Befugnis, auch das bereits untergegangene Objekt zu wählen, d. h. er ist von der Leistung frei, den kasuellen Untergang hat der Gläubiger zu vertreten.

Der Gläubiger trägt auch die Gefahr zufälliger Verschlechterung der zu leistenden Sache, wenn er in Annahmeverzug gerät.[22]) Dass in l. 102 pr. D. de sol. 46,3 nicht ein Widerspruch zu finden ist, mit dessen Beseitigung sich schon die Glosse abgemüht hatte, sondern offenbar ein Schreibfehler vorliegt, indem statt creditoris — debitoris zu lesen ist, hat Kohler[23]) in seiner Interpretation unwiderleglich nachgewiesen.

§ 16.

b. Auf accessorische Verbindlichkeiten.

Hat der Schuldner neben der Verpflichtung, zur Zeit der Fälligkeit die Sache herauszugeben, auch die Nutzungen derselben zu leisten, so mindert sich nach Eintritt des Verzuges das Mass seiner Leistung. Er hat nur diejenigen Früchte dem Gläubiger

[20]) Hirsch, a. a. O. S. 257.

[21]) Endemann, a. a. O. S. 481.

[22]) l. 72 pr. D. de sol. 46,3.

[23]) Kohler, im Arch. für bürgerl. Recht, S. 289 ff.

auszuhändigen, welche er thatsächlich zieht. Er wird von jeder positiven Thätigkeit zu Gunsten des Gläubigers entbunden, und es in sein Belieben gestellt, ob er die Bewirtschaftung des Ackers oder die Pflege des Obstgartens fortsetzen will oder nicht. Selbst dolose Unterlassung des Fruchtbezuges macht ihn nicht verantwortlich.[1])

Hinsichtlich der Zinspflicht des Schuldners herrschen in den Quellen verschiedene Auffassungen, je nach der Ansicht, ob die Zinsen als eine Entschädigung des Gläubigers für den entzogenen Genuss oder als Aequivalent für die dem Schuldner gewährte Nutzung aufzufassen sind.[2]) In jedem Falle hören mit dem Eintritte des Annahmeverzuges die durch vorangegangene mora debitoris geschuldeten Verzugszinsen auf, denn der Verzug des Gläubigers setzt eine Oblation mit Leistungsbereitschaft, also Beendigung der mora solvendi voraus. Hinsichtlich der übrigen Zinsen stand die ältere Römische Jurisprudenz auf dem Standpunkte der oben erwähnten ersten Auffassung[2a]) und liess eine Hemmung des Zinsenlaufes mit dem Vollzug der Oblation eintreten in der Erwägung, dass Annahme den Schuldner von der Zinsleistung befreit hätte. Später drang die zweite Anschauung durch und wurde herrschend. Danach trat das Erlöschen des Zinsenlaufes erst mit der erfolgten Deposition ein, indem erst von diesem Augenblicke an eine Nutzung des Kapitals durch den Schuldner unmöglich wurde.[3])

Das B. G. B. ist zu dem alten Prinzip der Römer zurückgekehrt und bestimmt, dass von einer verzinslichen Geldschuld der Schuldner während des Verzuges des Gläubigers Zinsen nicht zu entrichten hat.[4]) Für andere als Geldschulden tritt aber die Hemmung erst durch Deposition ein.[5])

Die eine Sicherung prompter Erfüllung bezweckenden Nebenverpflichtungen kann der Gläubiger nicht geltend machen, sofern die Nichterfüllung auf ihn zurückzuführen ist. Es verfällt die Konventionalstrafe nicht, wenn der Gläubiger im Verzuge ist,[6])

[1]) l. 18 § 1 D. de fund. dot. 23,5; l. 9 D. sol. matr. 24,3; B. G. B. § 302.
[2]) Kohler, im Jher. Jahrb. S. 382.
[2a]) l. 28 § 1 D. de adm. et peric. 26,7.
[3]) l. 1 § 3 l. 7 D. de usur. 22,1; l. 9 l. 19 C. de usur. 4,32.
[4]) B. G. B. § 301.
[5]) B. G. B. § 379.
[6]) l. 23 § 3 D. de recept. 4,8; l. 9 § 1 D. de usur. 22,1.

die Konstitutsklage erwächst nicht[7]) und die lex commissoria tritt nicht in Anwendung.[8])

Im B. G. B. hat die Abrede eine Strafe zu zahlen für den Fall, dass die Verbindlichkeit nicht oder in nicht gehöriger Weise erfüllt wird, den Charakter eines Garantieversprechens für prompte Erfüllung verloren; die Konventionalstrafe verfällt nur, wenn der Schuldner die Leistung in Folge eines Umstandes unterlässt, den er zu vertreten hat, d. h. wenn er in Verzug kommt.[9]) Infolgedessen scheidet dieser Fall aus unserer Betrachtung aus.

Das Rechtsinstitut des Konstitutums ist dem B. G. B. unbekannt, die Verfallsklausel hat ihre dingliche Wirkung verloren und ist zu einem Rücktrittsrecht geworden, das dem Gläubiger zusteht, wenn der Schuldner aus irgend einer Ursache seine Verbindlichkeit nicht erfüllt.[10]) Das Recht cessiert aber, wenn die Nichterfüllung nur durch den Gläubiger veranlasst ist.

Hinsichtlich der Sistierung des Rechtes des Pfandverkaufes bei Annahmeverzug treten uns zwei verschiedene Ansichten in den Quellen entgegen. Nach der einen verliert der Gläubiger die Befugnis zur Pfanddistraktion, wenn die Leistung ihm vergeblich angeboten ist,[11]) was auch dem Rechtsgefühl entspricht, denn es wäre ein chikanöses Verhalten, wollte der Gläubiger trotz seines Verzuges einen Pfandverkauf vornehmen. Gleichwohl finden sich zwei Reskripte des Kaisers Gordian, in welchen Deposition gefordert wird.[12]) Brinz[13]) erklärt den Widerspruch dahin, dass der Beweis einer vollständigen und ernsthaften Oblation erst durch Deposition erbracht sei, weshalb auf diese der Schwerpunkt gelegt wurde. Der actio hypothecaria aber, die der Gläubiger zur Erlangung des Pfandobjekts etwa anstrengt, kann der Schuldner mit Fug und Recht die exceptio doli entgegensetzen, denn wenn der Gläubiger die Leistung nicht annimmt, so bedarf er auch keiner Sicherung für die Erfüllung.[14])

---

[7]) l. 16 § 2 D. de pec. const. 13,5; l. 18 pr. D. eod.

[8]) l. 4 § 4 D. de leg. com. 4,4.

[9]) B. G. B. §§ 339, 285.

[10]) B. G. B. § 360.

[11]) l. 5 C. de distr. pig. 8,27; l. 25 § 1 D. fam. erc. 10,2; l. 3 C. si antiqu. cred. 8,20.

[12]) l. 8 C. de distr. pig. 8,27; l. 2 C. deb. vend. pig. 8,28.

[13]) Brinz, a. a. O. S. 354.

[14]) Mommsen, a. a. O. S. 291.

Das B. G. B.[15]) bestimmt, dass die Pfandhaftung mit der Befriedigung des Pfandgläubigers erlischt, was auch durch Hinterlegung erfolgen kann. Damit schliesst es sich der herrschenden Ansicht im gemeinen Recht an. Indessen macht sich der Gläubiger Schadensersatzpflichtig, wenn er in der Zwischenzeit von Angebot und Hinterlegung dolos das Pfand veräussert.

§ 17.

c. Auf Gegenansprüche des Schuldners.

Unsere Betrachtungen schlossen sich vorwiegend an die einseitige Obligation an; weit häufiger aber sind die Fälle, in denen dem Anspruche des Gläubigers wiederum ein Anspruch des Schuldners gegenüber steht. Hier gilt allgemein das Prinzip, dass die dem Schuldner zustehenden Rechte durch den Verzug des Gläubigers nicht tangiert werden. Nimmt der Gläubiger nicht an, so wird er hinsichtlich der Rechte des Schuldners so behandelt, als habe er angenommen, er ist zur Gegenleistung verpflichtet, wobei es ihm unbenommen bleibt, das ihm Zustehende gleichfalls geltend zu machen.[1])

Das Verhältnis der beiden Obligationen kann nun so gestaltet sein, dass die Erfüllung der einen die Existenz der anderen bewirkt; auch hier sind die Wirkungen des Annahmeverzuges dieselben wie die der Erfüllung.[2]) So kann der Schuldner die Herausgabe des Pfandes mit der actio pigneraticia directa verlangen, wenn er die Leistung vergeblich angeboten hat,[3]) er kann dem Retentionsrecht des Vermieters an den Invecten und Illaten das interdictum de migrando entgegenstellen[4]) und ebenso kann die Ehefrau die donatio propter nuptius nach Auflösung der Ehe geltend machen, wenn der Ehemann die dos nicht hat annehmen wollen.[5])

Die weitaus am meisten hier in Betracht kommenden Fälle sind die der synallagmatischen Verträge. Hier stehen Anspruch des Gläubigers und Gegenanspruch des Schuldners einander in

---

[15]) B. G. B. § 1224.

[1]) Windscheid, a. a. O. S. 315, Anm. 4.

[2]) Hirsch, a. a. O. S. 133.

[3]) l. 9 § 5 l. 20 § 2 D. de pign. act. 13,7; l. 6 § 1 D. quib. mod. pig. 20,6.

[4]) l. 1 pr. D. de migr. 43,32.

[5]) Nov. 91 c. 2.

der Weise gegenüber, dass der eine Teil die geforderte Leistung bis zu dem Zeitpunkte verweigern kann, wo die ihm gebührende Gegenleistung bewirkt ist.[6]) Ist aber der eine Teil im Verzuge der Annahme, so geht er dieser Einrede verlustig und ist ohne weiteres zur Gegenleistung verpflichtet.[7]) Wird dann nach Eintritt des Verzuges die Leistung infolge eines vom Schuldner nicht zu prästierenden Umstandes — er haftet aber nur für dolus und culpa lata — oder durch Zufall unmöglich, so wird der Schuldner frei und behält seinen Anspruch auf die Gegenleistung.

Besondere Bestimmungen haben die Römer hinsichtlich der Mietsobligation getroffen. Auch hier gilt grundsätzlich die Regel, dass der Mieter, falls er den ihm angebotenen Gebrauch der Sache oder der Dienste verschmäht, den bedungenen Mietszins zu entrichten verpflichtet ist, während ihm die Dienstleistung auch ferner zusteht.[8]) Allein es wäre unzweckmässig und wirtschaftlich nachteilig, wollte man vom Vermieter verlangen, dass er seine Dienste oder das gemietete Objekt während der ganzen Zeit für den Gläubiger ohne Verwertung zur Verfügung halte, ohne die geschuldete Leistung bewirken zu können. Hier verstattet die Rechtsordnung dem Vermieter anderweitige Beschäftigung und Nutzung jedoch mit der Massgabe, dass der Gläubiger den Erlös sich anrechnen darf, denn der Schuldner soll nicht mehr haben, als er gehabt hätte, wenn er hätte erfüllen müssen. Diesen Gedanken spricht vornehmlich die l. 19 § 9 D. loc. 19,2 aus,[9]) wo die Kaiser Antoninus und Severus reskribieren: Quum per te non stetisse proponas, quominus locatas operas Antonio Aquilae solveres, si eodem anno mercedes ab alio non accepisti, fidem contractus impleri aequum est. Die Worte »si eodem anno mercedes non accepisti« lassen verschiedene Auslegungen zu; man kann übertragen: wenn du nicht hast annehmen können, wenn du nicht hast annehmen wollen, wenn du nicht angenommen hast. Im ersten Falle würde jede schuldhafte, im zweiten nur die vorsätzliche und grobfahrlässige Versäumung der Nichtannahme, im letzten Falle die nakte Thatsache der Annahme fremder Dienste den Gegenanspruch des Schuldners vernichten.

---

[6]) Windscheid, a. a. O. S. 227; Dernberg, a. a. O. S. 57.
[7]) l. 13 § 8 D. de act. em. vend. 19,1.
[8]) l. 38 l. 61 § 1 D. loc. 19,2.
[9]) Vergl. auch l. 19 § 10 l. 55 § 2 D. cit.; l. 4 D. de off. assess. 1,22.

Gehen wir davon aus, dass der Schuldner, sobald er sich in Erfüllungsbereitschaft gesetzt, seiner Verbindlichkeit genügt hat, so kann man von ihm nicht verlangen, dass er zum Vorteil des Gläubigers weitere Aufwendungen mache. Er ist demnach keineswegs verpflichtet seine Leistungen während des Annahmeverzuges anderen anzubieten und zur Nutzung zu überlassen. Gleichwohl gestattet ihm dies die Rechtsordnung aus wirtschaftlichen Gründen, verpflichtet ihn aber sich diese anderweitigen Verdienste, sowie Ersparnisse an Auslagen und Aufwendungen auf den Mietszins anrechnen zu lassen.[10])

Das B. G. B. gewährt im Anschluss an die gemeinrechtliche Theorie bei Verträgen auf Leistungen Zug um Zug dem einen Teile das Recht, die Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung zu verweigern. Klagt aber im Falle des Annahmeverzuges der Schuldner seinen Gegenanspruch ein, so kann der andere Teil im Gegensatze zu der Lehre des gemeinen Rechts diese Einrede immer noch vorschützen, und die Wirkung der Klage ist nur die, dass der Beklagte nur zur Erfüllung Zug um Zug verurteilt wird.[11]) Ist aber das Verhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner derart, dass letzterer zur Vorleistung verpflichtet ist, so erhält er, wenn der Gläubiger in Annahmeverzug gerät, das Recht, dessen Verurteilung auf Leistung nach Empfang der Gegenleistung zu verlangen.[12]) Erst in der Exekutionsinstanz kann eine Lösung der von einander abhängigen Ansprüche von Gläubiger und Schuldner erfolgen, indem letzterer aus einem solchen Urteil ohne Bewirkung der Gegenleistung gegen den Gläubiger, als ob dieser unbedingt verurteilt wäre, die Zwangsvollstreckung betreiben kann, wenn dieser sich im Verzuge der Annahme befindet.[13]) Der Gerichtsvollzieher darf aber nicht eher die Zwangsvollstreckung vornehmen, wie auch das Vollstreckungsgericht nicht früher Vollstreckungsmassregeln anordnen darf, bis der Beweis, dass der Gläubiger sich im Verzuge der Annahme befindet, durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden geführt wird und eine Abschrift dieser Urkunden bereits zugestellt ist oder gleichzeitig zugestellt wird.[14]) Auch für die Er-

[10]) Kohler, in Jher. Jahrb. S. 368 und 369.

[11]) B. G. B. § 322, Abs. 1.

[12]) B. G. B. § 322, Abs. 2.

[13]) B. G. B. §§ 322, Abs. 3; 274, Abs. 2.

[14]) C. P. O. §§ 756, 765.

teilung der Vollstreckungsklausel ist dieser Nachweis in dem Falle notwendig, wenn die dem Gläubiger obliegende Leistung in der Abgabe einer Willenserklärung besteht.[15]) Eine nach Eintritt des Annahmeverzuges durch nicht vom Schuldner zu vertretende Umstände erfolgte Leistungsunmöglichkeit macht diesen frei, ohne seinen Anspruch auf die Gegenleistung zu berühren.[16]) Der Schuldner muss sich jedoch dasjenige anrechnen lassen, was er infolge der Befreiung von der Leistung erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt.[17])

Damit hat das Gesetz den Gedanken, den das Römische Recht bereits für die Dienstverträge ausgesprochen hat, recipiert, ihn auf alle gegenseitigen Verträge ausgedehnt und besonders die Frage, inwieweit der Schuldner fremde Beschäftigung aufsuchen und sich anrechnen lassen muss, in glücklicher Weise gelöst. Der Schuldner ist auch hier nicht verpflichtet seine freigewordene Arbeitskraft anderweitig zu verwerten, das bleibt immer seiner freien Bestimmung überlassen, aber er darf nicht böswillig, in übelwollender Absicht seine Kräfte unbenutzt und unverwertet lassen. Geschieht dies in der ausgesprochenen Absicht den Gläubiger zu schädigen und ihm Nachteile durch Unthätigkeit zuzufügen, so macht er sich ersatzpflichtig.[18])

Besondere und von den allgemeinen Grundsätzen erheblich abweichende Bestimmungen trifft das Gesetz für Dienst- und Werkverträge. Bei ersteren tritt entgegen dem Prinzip, dass durch die mora des Gläubigers der Schuldner seiner Verpflichtung nicht ledig wird, dieser Effekt doch ein. Der Annahmeverzug des Dienstberechtigten bewirkt Befreiung des Schuldners schlechthin, der dadurch einen Anspruch auf Vergütung auch für die nicht geleisteten Dienste erlangt, ohne zur Nachleistung verpflichtet zu sein. Demnach verliert der Dienstberechtigte die Einrede des nicht erfüllten Vertrages, der Schuldner kann unbedingte Verurteilung zur Zahlung des Lohnes verlangen, muss sich aber den Wert desjenigen anrechnen lassen, was er infolge des Unterblei-

---

[15]) C. P. O. § 726.
[16]) B. G. B. § 324, Abs. 2.
[17]) B. G. B. § 324.
[18]) B. G. B. § 324, Abs. 2.

bens der Dienstleistung erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Dienste erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt.[19])

Dieselben Wirkungen hat beim Werkvertrage die vor der Vollendung des Werkes dem Unternehmer zugehende Kündigung, d. h. die Erklärung nicht annehmen zu wollen. Auch hier tritt eine Befreiung desselben unter denselben Modifikationen wie beim Dienstvertrage ein.[20]) Setzt die Herstellung des Werkes eine Handlung oder Mitwirkung des Bestellers voraus, und kommt dieser hiermit in Verzug, so kann der Unternehmer nicht mehr volle Vergütung, sondern nur eine angemessene Entschädigung verlangen.[21]) Die Höhe derselben ist unter Berücksichtigung einerseits der Dauer des Verzuges und der Höhe der vereinbarten Vergütung, andererseits desjenigen festzusetzen, was der Unternehmer an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwerben kann.[22]) Nicht nur böswillige Nichtbenutzung seiner Arbeitskraft, sondern jede mögliche Verwertung derselben ist der Anrechnung fähig, sodass wir auch für schuldhaftes Versäumen den Schuldner als ersatzpflichtig ansehen werden. Daneben hat der Unternehmer das Recht, dem Besteller zur Nachholung der erforderlichen Handlung eine angemessene Frist zu setzen unter der Androhung, dass er den Vertrag kündige, wenn die Handlung nicht bis zu ihrem Ablaufe vorgenommen werde.[23]) Ist mit dem Ende der Frist die Nachholung nicht erfolgt, so gilt der Vertrag als aufgehoben, und der Unternehmer kann einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung und Ersatz der in der Vergütung nicht inbegriffenen Auslagen verlangen.[24]) Die Höhe der Vergütung ist hier nicht wie im Falle des § 642 frei nach richterlichem Ermessen, sondern entsprechend der Arbeitsleistung zu bemessen. Nun ist aber auch der Fall denkbar, dass der Annahmeverzug auf Annahmeunmöglichkeit zurückzuführen und damit zugleich Unmöglichkeit der Leistung gegeben ist. Es hat zum Beispiel ein Maler sich verpflichtet das Portrait eines berühmten Mannes zu malen, was durch dessen Tod verhindert wird, oder der Schau-

[19]) B. G. B. § 615; Plank, a. a. O. Heft 4, S. 353.
[20]) B. G. B. § 649.
[21]) B. G. B. § 642, Abs. 1.
[22]) B. G. B. § 642, Abs. 2.
[23]) B. G. B. § 643.
[24]) B. G. B. § 645.

spielerin bleibt ihr Debüt versagt, weil das Theater durch Feuersbrunst eingeäschert ist. In diesem Falle kann der Schuldner Vergütung und Ersatz der Auslagen verlangen, ohne eine Nachfrist zu setzen, da die Leistung doch unmöglich bleibt.[25]) Hat aber der Gläubiger die Leistungsunmöglichkeit durch Verschulden herbeigeführt, so greift das allgemeine Prinzip durch, dass dann dem Schuldner Anspruch auf volle Vergütung zusteht, nicht weil ein verschuldeter Annahmeverzug vorliegt, sondern weil der Gläubiger die Leistungsunmöglichkeit verschuldet hat.[26])

§ 18.

3. Ersatz der Aufwendungen.

In der schon öfter angezogenen l. 1 § 3 D. de peric. 18,6 empfiehlt Ulpian zur Vermeidung der Preisgebung auch die Aufbewahrung der Sache, indem er sagt: conduci vasa nec reddi vinum, nisi quanti conduxerit, ab emptore reddatur. Der Schuldner kann demnach, wenn er zur Aufbewahrung Aufwendungen macht, auch Ersatz dafür beanspruchen.[1])

Ueber das Mass und die rechtliche Natur dieses Ersatzanspruches gehen die Anschauungen auseinander. Schey,[2]) der Anhänger der Ansicht ist, dass zu den Voraussetzungen des Gläubigerverzuges eine culpa gehöre, erblickt konsequenter Weise in dem Schadensersatz den Ersatz des gesamten Interesses des Schuldners an seiner Liberierung, also sowohl das damnum emergens, als auch das lucrum cessans. In der That lässt sich das Postulat des Interessenersatzes nur rechtfertigen, wenn derjenige, gegen den sich der Anspruch richtet, kulposer Weise Schaden verursacht hat.

Dernburg und Windscheid[3]) sprechen nur von einem Ersatz der Aufwendungen und Schäden, die der Schuldner zu verzeichnen hat, scheiden also das lucrum cessans vollständig aus. Die hier zunächst in Betracht kommenden l. 38 § 1 D. de act. e. v. 19,1 und l. 1 § 3 D. de peric. 18,6 erwähnen die Aufwendungen, die der Schuldner zur Erhaltung der Sache gemacht hat,

[25]) Kohler, im Arch. f. bürgerl. Recht, S. 255.

[26]) B. G. B. §§ 345, Abs. 2; 324. Kohler, a. a. O. S. 256.

[1]) Cfr. l. 38 § 1 D. de act. em. 19,1; l. 8 D. de tritic. 33,6.

[2]) Schey, a. a. O. S. 129.

[3]) Dernburg, a. a. O. S. 121; Windscheid, a. a. O. S. 315.

und geben dafür einen Anspruch auf Ersatz. Nur die l. 8 D. de tritico. 33,6 spricht allgemein von »damnum, quod propter moram passus est heres.« Zunächst ist hierzu zu bemerken, dass damnum keineswegs immer die Bedeutung von id quod interest hat, sondern auch den positiven Vermögensnachteil allein bedeuten kann. Das geht klar aus der l. un. § 2 C. de sententiis 7,47 hervor, wo es heisst: hoc non solum in damno, sed etiam in lucro nostra amplectitur constitutio, quia et ex eo vetores id, quod interest, statuerunt.[4]) Fragen wir aber, welches der Schaden im Falle der l. 8 D. cit. gewesen sein mag, so können wir unter Heranziehung der l. 1 § 3 D. cit. hierüber Aufschluss gewinnen. In beiden Fällen handelt es sich um Lieferung von Wein, dessen Nichtabnahme die Unmöglichkeit des Gebrauches der verwendeten Fässer nach sich zieht. Wie nun in der l. 1 § 3 D. cit. der Jurist empfiehlt zur Aufbewahrung andere Fässer zu mieten, so wird man auch für die l. 8 D. cit. annehmen dürfen, dass der Schaden hier in der Aufwendung bestand, andere Fässer herbeizuschaffen.[5]) Es lässt sich also aus den Quellen eine allgemeine Ersatzpflicht des Interesses nicht ableiten. Eine derartige Befugnis des Schuldners steht auch in vollem Widerspruch zu der Stellung, die er dem Gläubiger gegenüber einnimmt. Hat der Schuldner kein Recht auf Liberierung, so kann er auch nicht Ersatz wegen Verletzung dieses Rechts geltend machen.

Nur Aufwendungen und Kosten, die er zur Erhaltung der Sache gehabt hat, kann er erstattet verlangen. Die Geltendmachung dieses Anspruches kann im Wege der Retentionseinrede,[6]) aber auch durch eine selbständige Klage erfolgen.[7]) Zur Charakteristik dieser Klage gehen wir auf den allgemeinen Gedanken zurück, dass der Schuldner nach den Regeln der bona fides verpflichtet ist, soweit als möglich, für die Erhaltung der Sache für den Gläubiger zu sorgen. Macht er dann Aufwendungen, so handelt er im Interesse des Gläubigers und unter Erfüllung des von der Rechtsordnung ausgesprochenen Prinzips. Die Klage kann demnach als actio negotiorum gestorum contraria bezeichnet werden.

---

[4]) Cfr. l. 13 pr. D. ratam rem hab. 46,8; l. 2 § 8 i. f. D. de eo quod cert. 13,4; Hirsch, a. a. O. S. 142.

[5]) Hirsch, a. a. O. S. 141.

[6]) l. 8 D. cit.; l. 1 § 3 D. cit.

[7]) l. 38 § 1 D. cit.

Dieser Klage kann sich der Gläubiger nicht etwa dadurch entziehen, dass er die Leistung überhaupt zurückweist. Solange er nicht ausdrücklich verzichtet hat, handelt der Schuldner in seinem Interesse und unter Billigung der Rechtsordnung, und erst mit dem Augenblick, wo der Gläubiger es zur Kenntnis des Schuldners gelangen lässt, dass er die Annahme endgültig verweigere, cessiert die Pflicht des Schuldners, und die nunmehrigen Aufwendungen gehen auf seine Kosten.[8])

Wenn Schey hier noch einwendet, nur freiwillige Geschäftsführung bedinge die negotiorum actio, so hat diese Ansicht Kohler bereits an anderer Stelle gründlich widerlegt.[9]) Gestor ist auch, qui aliqua necessitate urgente vel necessitatis suspicione gessit.[10])

Von denselben Grundsätzen ist auch das B. G. B. beherrscht. Es giebt dem Schuldner ein Retentionsrecht und eine selbständige Klage auf Ersatz der Mehraufwendungen, die er für das erfolglose Angebot sowie für die Aufbewahrung und Erhaltung des geschuldeten Gegenstandes machen musste.[11]) Die Motive[12]) begründen dies mit dem Bemerken, dass hier der Schuldner als eine Kraft des Gesetzes berechtigter negotiorum gestor auftritt, was auch mit dem Inhalte des § 683 des Gesetzes in Einklang steht. Der Schuldner ist auch berechtigt Zinsen von dem zum Ersatze verwendeten Betrage zu liquidieren;[13]) und ist er zu diesem Zweck eine Verbindlichkeit eingegangen, so kann er von dem Gläubiger Befreiung, oder wenn die Verbindlichkeit noch nicht fällig ist, Sicherheitsleistung verlangen.[14])

---

[8]) Kohler, a. a. O. S. 377.
[9]) Kohler, Menschenhülfe im Jh. Jahrb. Bd. 25.
[10]) l. 3 § 10 D. de neg. gest. 3,5.
[11]) B. G. B. § 304.
[12]) Motive, Bd. II, S. 76.
[13]) B. G. B. § 256.
[14]) B. G. B. § 257.

Schluss.

§ 19.

Vergleich des gemeinen Rechtes mit dem bürgerlichen Gesetzbuche.

Ueberschauen wir im Zusammenhange unter Gegenüberstellung des gemeinen Rechts und des bürgerlichen Gesetzbuches das Rechtsgebiet, das wir soeben durchwandert haben, so ist unser Resultat, dass das neue Civilrecht auf der Basis der durch die Römische Jurisprudenz durchgebildeten Prinzipien und Lehren in glücklicher und verständiger Weise das Rechtsinstitut des Annahmeverzuges weiter entwickelt und gefördert hat. Was wir in den Quellen noch flüssig und im Werden begriffen gefunden haben, ist in voller Prägnanz und Klarheit im neuen Civilrecht niedergelegt und damit eine Fülle von Zweifeln und Streitfragen beseitigt, die das Römische Recht so vielfach durchziehen. Von eminenter Bedeutung ist es besonders, dass das Gesetzbuch in strikter Form die Notwendigkeit einer kulposen Verzögerung als Voraussetzung für den Eintritt des Gläubigerverzuges abgelehnt und sich damit der wohl von den Römischen Juristen ausgesprochenen und infolge verschiedener Auslegung der Quellenstellen arg bekämpften Anschauung angeschlossen hat.

Das bürgerliche Gesetzbuch ist das erste neuere Gesetzbuch, in dem die den Römern schon bekannte Verschiedenheit der Stellung von Gläubiger und Schuldner in klarer Form zum Ausdruck gebracht, in dem der innere Unterschied des Gläubiger- und Schuldnerverzuges deutlich gekennzeichnet ist. Diesen so lange verkannten Gegensatz erst aufgedeckt und in geistvoller Darstellung entwickelt zu haben, ist das Verdienst Kohlers, der sich hier mit Recht eines gesetzgeberischen Sieges rühmen darf.

Auch hinsichtlich der Wirkungen, die mit Eintritt des Verzuges den Gläubiger treffen, ist das bürgerliche Gesetzbuch dem von den Römern aufgestellten Grundsatze, dass dem Schuldner möglichst viele Erleichterungen, dem Gläubiger möglichst wenig Nachteile geboten würden, in anzuerkennender Weise gefolgt. Im Detail fortbildend und dem modernen Rechtsleben anpassend, hat es die von den Römern statuierten einzelnen Wirkungen recipiert, und insbesondere die drei grossen dem Schuldner zustehenden Rechtsbehelfe: Preisgebung, Hinterlegung und Verkaufsselbsthülfe

in einer auf der Basis des Quellenmaterials fortschreitender Weise aufgenommen.

In fein durchgearbeiteter Fassung tritt uns in dem bürgerlichen Gesetzbuche der schon die Quellen beherrschende Gedanke entgegen, dass diesen Rechtsbehelfen die gemeinsame Tendenz zu Grunde liegt, den Schuldner von der ihn am meisten belästigenden Verwahrungspflicht zu befreien, ihn der Sorge der Bewachung und Behütung des geschuldeten Gegenstandes zu entheben, sodass er in facto als völlig liberiert angesehen werden kann. Dabei ist immer auch das Interesse des Gläubigers gewahrt und ihm durch verschiedene Kautelen die Möglichkeit gegeben, diesen in sein Recht so tief einschneidenden Folgen aus dem Wege zu gehen. Mag man auch nicht ganz mit Unrecht dem Gesetzbuche den Vorwurf machen, dass es in allzugrosser Verehrung des Römischen Rechts sich in einer nicht immer zufriedenstellenden Weise dessen Prinzipien angeschlossen hat, — dass es die schwierigen Lehren vom Annahmeverzuge im wesentlichen nach dem Muster des Römischen Rechts behandelt hat, ist als ein durchaus glücklicher Wurf zu bezeichnen, dessen Folgen erst die kommende Praxis in vollem Lichte zeigen wird.